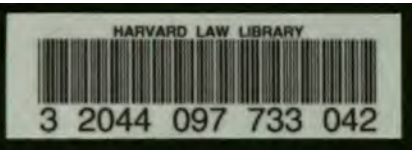

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 733 042





COURS ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT ROMAIN

CONTENANT

L'EXPLICATION MÉTHODIQUE DES INSTITUTES DE JUSTINIEN

ET DES

PRINCIPAUX TEXTES CLASSIQUES

POUR LA PRÉPARATION AUX EXAMENS

DE BACCALAURÉAT ET DE DOCTORAT EN DROIT

PAR

E. DIDIER-PAILHÉ

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE GRENOBLE

TROISIÈME ÉDITION

REVUE ET CORRIGÉE

PAR CHARLES TARTARI

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE GRENOBLE

TOME SECOND

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1887

COURS ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT ROMAIN

II

(Institutes, L. III, T. XIII-XXIX; L. IV)

CHAPITRE I.

CARACTÈRES ESSENTIELS, DIVISIONS ET SOURCES DES OBLIGATIONS.

(*Inst.*, L. III, t. XIII.)

Les premiers Romains ne connaissaient pas le mot *obligatio;* il ne paraît pas usité dans les monuments de leur jurisprudence antique. Pour exprimer la même idée, on recourait au terme plus énergique encore de *nexus ;* il en reste un témoignage célèbre : *si quis nexum faciet, uti lingua nuncupassit, ita jus esto,* disaient les décemvirs dans un langage d'airain comme leurs Tables. Il est d'ailleurs évident que les deux locutions dérivent de la même idée métaphorique de *nœud* (*nectere, ob ligare*). L'expression de *nexus* ne survécut pas d'ailleurs aux vieilles dettes rigoureuses qu'elle désignait, et fut bientôt remplacée par le mot *obligatio* dans la langue technique du droit.

L'obligation est un lien juridique. Les Institutes la définissent : *juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei, secundum nostræ civitatis jura* (*Inst.*, L. III, t. XIII, *De oblig.*, pr.). On voit par là que toute obligation implique nécessairement deux sujets et un objet.

Sujets de l'obligation. — Une obligation suppose d'abord deux personnes unies entre elles par un lien de droit, un sujet actif et un sujet passif, un débiteur, *debitor*, *reus*, et un créancier, *creditor*. L'obligation se présente toujours sous cette double face, dette par un côté, créance par l'autre; le mot *obligatio* désigne quelquefois l'ensemble des deux situations, parfois la situation spéciale du créancier, mais le plus souvent la situation spéciale du débiteur, si bien qu'obligation est à peu près synonyme de dette. De ce principe, qu'il n'y a pas d'obligation sans un créancier et un débiteur, les Romains ont tiré des conséquences importantes et rigoureuses, qui nous arrêteront plus loin.

Objet de l'obligation. — Outre le sujet actif et le sujet passif, l'existence d'une obligation implique et nécessite également un objet, c'est-à-dire un service à rendre par le débiteur au créancier, une *res solvenda* dans la langue du droit romain, une *prestation*

dans la langue du droit français. Suivant la marche des jurisconsultes classiques et de Justinien, c'est à propos des contrats que nous préciserons les diverses conditions que doit remplir l'objet de toute obligation. Contentons-nous de dire pour le moment qu'il doit être licite, possible, appréciable en argent et suffisamment déterminé ou tout au moins déterminable. Moyennant ces qualités primordiales, la *res solvenda* peut être de nature très diverse ; il ne saurait entrer dans l'esprit de personne d'énumérer les innombrables combinaisons de services prévus entre débiteurs et créanciers.

Les jurisconsultes romains ramènent cependant tous les objets possibles d'une obligation à trois catégories principales. *Obligationum substantia*, dit Paul, *in eo consistit ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum.* L'obligation a pour objet un *dare*, quand le débiteur doit au créancier la constitution d'un droit réel, propriété, usufruit, servitude. Elle a pour objet un *facere,* lorsque le débiteur doit accomplir certains faits ou s'abstenir de certains actes déterminés; l'obligation du *facere* embrasse aussi bien les faits actifs que les faits négatifs. Enfin l'obligation a pour objet un *præstare* quand le débiteur doit procurer au créancier la possession ou la jouissance d'une chose ou d'un droit sans transférer ni propriété ni droit réel. On verra que cette division des obligations considérées dans leur objet offre un certain intérêt pratique, notamment au point de vue du paiement et de la procédure (L. 3, pr., D., *De oblig. et act.*, 44-7. — Conf., C. C., art. 1101).

Caractères de l'obligation. — De ces éléments, *sujet actif, sujet passif, objet*, résulte l'obligation. On peut donc la définir : un rapport juridique entre deux personnes, dont l'une est tenue de rendre à l'autre un service déterminé, possible et pécuniairement appréciable. L'obligation ainsi définie présente trois caractères essentiels.

1° Le service à rendre par le débiteur consiste de toute nécessité dans un acte que le droit commun n'impose pas, ou dans l'abstention d'un fait que permet le droit commun.

2° En outre, puisque ce même service est susceptible d'estimation, une obligation quelconque modifie le patrimoine du créancier en l'augmentant, du débiteur en le diminuant; elle se trouve dès lors comprise dans toute acquisition *per universitatem*, c'est-à-dire

dans toute succession à l'ensemble ou à une quote-part de l'un ou de l'autre de ces deux patrimoines.

3° Enfin l'obligation, une fois constituée, est perpétuelle, à ce double point de vue que ni le débiteur, ni dans la loi romaine, le créancier lui-même, ou les deux parties d'accord, ne peuvent à titre particulier se substituer personne dans leur qualité, et que nul laps de temps ne la leur enlève. Car le temps n'a pas de prise sur un rapport juridique, c'est-à-dire abstrait, et tout changement de l'un des termes constitutifs du rapport le ferait disparaître dans son entier (1).

Divisions des obligations. — Les obligations comportent trois divisions principales; l'une se tire de leur efficacité, la seconde résulte de la source de droit qui les sanctionne, la troisième dérive de la nature du fait juridique qui leur donne naissance.

Première division. — Quand on considère les obligations au point de vue de leur efficacité pratique, on les divise en obligations *civiles* et en obligations *naturelles*.

Les obligations *civiles* sont celles qui aboutissent à une action, c'est-à-dire qui permettent au créancier d'en poursuivre l'exercice devant l'autorité judiciaire et d'en obtenir l'exécution forcée à l'encontre du débiteur; ce sont les plus nombreuses et les plus importantes. Les obligations *naturelles* sont au contraire celles qui, tout en produisant certains effets reconnus par la loi, ne sont pas munies d'une action; nous leur consacrerons le chapitre suivant.

Deuxième division. — L'action qui est le signe caractéristique des obligations civiles n'a pas toujours la même origine. Le plus souvent, elle dérive d'une loi, d'un sénatusconsulte, d'une constitution impériale ou d'une source analogue, quelquefois, elle dérive de l'édit des magistrats. Les obligations civiles se subdivisent donc au point de vue de la source du droit qui les a sanctionnées; les premières gardent le nom de civiles par excellence, les secondes s'appellent honoraires ou moins exactement prétoriennes. En les qualifiant de *honorariæ*, on veut dire qu'elles émanent des magistrats *qui constituti sunt in honore;* en les qualifiant de *prætoriæ*, on veut dire qu'en cette matière, l'édi des préteurs fut le plus

(1) Ce caractère de perpétuité ainsi attribué aux obligations a fait conclure que, d'une part, les obligations devaient être *incessibles* à titre particulier et que, d'autre part, le terme résolutoire devait être considéré comme nul et non avenu aux yeux du droit civil.

fécond. Justinien fait probablement allusion à cette dualité d'origine par les mots *nostræ civitatis jura* qui figurent dans la définition qu'il nous donne de l'obligation (*Inst.*, L. III, t. XIII, *De oblig.* § 1).

Troisième division. — Enfin les obligations civiles ou honoraires tirent leur existence de différentes causes ou circonstances, dont le nombre et les caractères ne sont pas constatés dans les textes avec toute la précision désirable (1). Gaius les réduit à deux, le contrat (*contractus*) et le délit (*delictum*); ailleurs il en signale qui ne sont ni des contrats ni des délits, mais qui ne manquent pas d'une certaine ressemblance avec ceux-ci ou ceux-là et qu'il appelle des *variæ causarum figuræ* (*Gaius*, III, 88. — L. 1, pr.; L. 5, D., *De oblig. et act.*, 44-7). Il ne distinguait donc, en définitive, que deux causes principales et deux grandes classes d'obligations, où venaient improprement s'en ranger d'autres, dérivées de faits à peu près analogues. Justinien lui emprunte cette division : *aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio* (*Inst.*, L. III, t. XIII, *De oblig.*, § 2). Dans le langage moins exact, mais plus net de la science moderne, nous reconnaîtrons quatre grandes causes d'obligations : le *contrat*, le *quasi-contrat*, le *délit*, le *quasi-délit*. Les deux premières rattachent la naissance du droit à un fait licite, les deux dernières à un fait illicite.

Outre ces quatre causes d'obligations, on peut en cinquième lieu signaler la *loi*, créatrice unique et directe de quelques dettes spéciales, par exemple, de la dette alimentaire entre certaines personnes, de la nécessité de payer l'impôt, de l'obligation qui pèse sur le père de doter ses enfants, de l'obligation de déposer en justice, etc. (L. 21, § 1, D., *De testibus*, 22-5; L. 19, D., *De ritu nupt.*, 22-2).

(1) Modestin, dans une classification d'ailleurs très obscure et qui n'a rien de scientifique, rattache les obligations à huit sources différentes : *obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut lege, aut jure honorario, aut necessitate, aut ex peccato* (L. 52, D., *De oblig. et act.*, 44-7).

CHAPITRE II.

OBLIGATIONS NATURELLES.

Les difficultés que présente la théorie des obligations naturelles tiennent surtout à ce que les jurisconsultes n'appliquent pas tous cette dénomination aux mêmes idées.

Certains entendent par obligations naturelles les devoirs de conscience et de morale. Mais de telles dettes relèvent uniquement du for intérieur et n'ont rien de légal (L. 25, § 1, D., *De hered. petit.*, 5-3. — Pothier, *Obligations*, nos 1 et s.).

D'autres donnent ce nom à celles des obligations munies d'action qui dérivent du *jus naturale* ou du *jus gentium*. A ce point de vue, seraient naturelles toutes les obligations accessibles aux pérégrins, c'est-à-dire la plupart des obligations (L. 15, pr., D., *De cond. indebiti*, 12-6; L. 126, § 2, D., *De verb. oblig.*, 45-1; L. 84, § 1, D., *De regulis juris*, 50-17. — Conf., C. C., art. 349).

Le sens technique de l'expression se trouve entre ces deux extrêmes. L'obligation naturelle, telle qu'on va l'étudier, est une obligation sans doute productive de quelques effets juridiques et partant reconnue par la loi, mais dépourvue d'action. C'est donc une obligation inférieure, imparfaite, souvent inerte, puisqu'elle manque au moins de la sanction suprême, qui est le droit de poursuite.

Le fondement des obligations naturelles est toujours l'équité : Papinien y voit un *vinculum æquitatis* (L. 95, § 4, D., *De solutionibus*, 46-3).

Mais elles ne supposent pas nécessairement une injustice du législateur. Car, s'il en est qui proviennent d'une réaction éclairée contre de vieux principes déraisonnables et rigoureux, il y en a qui tendent uniquement à tempérer en fait les conséquences de nécessités très justifiables en droit. Pour se rendre compte de cette nuance par un exemple, il suffit d'opposer l'une à l'autre l'obligation naturelle qui naît d'un simple pacte et l'obligation qui dérive pour le pupille du contrat qu'il a fait *sine tutoris auctoritate*.

Il ne faut pas d'ailleurs chercher, dans la jurisprudence romaine, ni un système homogène construit de toutes pièces ni des vues

d'ensemble. On ne peut que rassembler les décisions éparses des jurisconsultes et coordonner leurs principales solutions (1).

PREMIÈRE SECTION.

SOURCES DES OBLIGATIONS NATURELLES.

Les obligations naturelles peuvent se diviser en deux classes. Il y en a qui ont été dès l'origine des obligations civilement parfaites, et qui, dépouillées ensuite de leur force primitive, ont dégénéré en obligations naturelles. Il y en a d'autres qui sont imparfaites dès le début et qui naissent naturelles.

§ I.

Obligations naturelles par transformation.

Cette première classe est la moins nombreuse; il nous suffira de citer les exemples suivants.

1° Le créancier institué héritier par son débiteur, et grevé d'un fidéicommis universel, voit sa créance s'éteindre par confusion, à la suite de son adition volontaire ou forcée. Mais il survit une obligation naturelle au profit du fiduciaire (L. 59, pr., D., *Ad senat. Trebell.*, 36-1).

2° Lorsqu'un mineur de vingt-cinq ans a obtenu du magistrat la *restitutio in integrum ob ætatem*, on admet que, si l'obligation s'éteint civilement, l'incapable reste cependant encore tenu d'une obligation naturelle. Cette obligation peut en conséquence être garantie par des fidéjusseurs (L. 13, pr., D., *De minoribus*, 4-4. — Conf., C. C., art. 2012).

3° L'obligation civile se transforme encore en obligation naturelle à la suite d'événements judiciaires ou de vices de procédure qui épuisent ou éteignent le droit porté en justice. Il en est ainsi de la péremption d'instance après la *litis contestatio*, de la *plus-petitio*, des exceptions *procuratoria*, *litis dividuæ*, *litis residuæ*, et

(1) On rencontre des difficultés de même nature en droit français, car le code civil n'a consacré incidemment qu'un seul article aux obligations naturelles (art. 1235).

peut-être aussi du bénéfice de compétence (*Gaius*, IV, 103-105) (1).

Quant à la prescription, c'est une question séculaire, et qui divise encore les auteurs, que celle de savoir si l'obligation prescrite ne subsiste pas au moins à titre d'obligation naturelle. L'affirmative nous paraît vraisemblable; ainsi expliquerions-nous la survivance de l'action hypothécaire, alors que l'action personnelle est éteinte par l'expiration du délai de trente ans (L. 7, C., *De præsc. trig.*, 7-39.

§ II.

Obligations naturelles de naissance.

Parmi les obligations qui naissent naturelles, les moins intéressantes et les plus rares sanctionnent imparfaitement une dette morale que la loi n'a pas voulu consacrer tout à fait; tel est le cas de l'affranchi qui fournit par erreur à son patron des *operæ* dont il se croyait tenu, et qu'on n'admet pas à les répéter (L. 26, § 12, D., *De cond. indeb.*, 12-6).

Mais, le plus souvent, la formation de ces obligations naturelles est due à quelque obstacle de droit qui les a empêchées de naître à l'état d'obligations civiles. Or, cet obstacle peut tenir à trois causes diverses, ou au lien de puissance qui existe entre le créancier et le débiteur, ou à l'incapacité du débiteur, ou à l'inobservation des formes prescrites par le *jus civile*.

Lien de puissance entre le créancier et le débiteur. — Abstraction faite de la théorie spéciale des pécules *castrense*, *quasi-castrense* et *profectitium*, on sait déjà qu'entre deux personnes dont l'une est soumise à la puissance de l'autre, ou qui dépendent de la même puissance (*potestas dominica*, *patria*; *manus*, *mancipium*) les contrats n'engendrent pas d'obligations civiles (L. 11, D., *De judiciis*, 5-1).

Mais il en résulte au moins des obligations naturelles, dont les conséquences sont importantes dans les actions *de peculio* et *tributoria*. Les autres effets n'en sont d'ailleurs sensibles qu'après l'affranchissement de l'esclave ou l'émancipation du fils de famille.

(1) L'obligation civile se transforme également en obligation naturelle à la suite d'une *capitis deminutio* subie par le débiteur. *Hi qui capite minuuntur, ex his causis quæ capitis deminutionem præcesserunt, manent obligati naturaliter* (L. 2, § 2, D., *De capite minutis*, 4-5).

Tant que dure la *potestas*, ces obligations naturelles sont susceptibles de recevoir les garanties accessoires de la fidéjussion, du constitut, de l'hypothèque, si le chef de famille y joue le rôle de créancier; il en est autrement quand il y figure à titre de débiteur (*Gaius*, III, 119. — L. 38; L. 64, D., *De cond. indeb.*, 12-6).

Les délits entre personnes unies par le lien de puissance ne font pas naître non plus des obligations civiles; mais il est douteux qu'on doive même y voir une source d'obligations naturelles.

Incapacité du débiteur. — Le consentement des incapables a-t-il au moins la force de produire à leur charge une obligation naturelle? La négative est incontestable à l'égard des *infantes* et des fous, totalement dénués de volonté. L'affirmative prévaut au contraire pour les autres incapables.

1° *Esclave.* — Ainsi l'esclave, qui s'oblige civilement envers les *extranei* par ses délits s'oblige naturellement envers le premier venu par ses contrats (L. 14, D., *De oblig. et act.*, 44-7. — *Inst.*, L. III, t. XX, *De fidejuss.*, § 1).

Cette obligation naturelle peut avoir immédiatement des conséquences pratiques, en ce sens qu'elle comporte une fidéjussion, un gage ou une hypothèque. Mais elle n'est efficace dans les rapports de l'esclave et du créancier qu'après l'affranchissement. Car, jusqu'à ce moment, l'esclave n'a pas de biens personnels et ne saurait la payer; en outre, son incapacité l'empêche de lui en substituer une autre plus efficace par le moyen de la novation ou du constitut (*Gaius*, III, 119. — L. 19, § 4, D., *De donationibus*, 39-5).

2° *Fils de famille.* — En général, le fils de famille s'oblige civilement par les contrats qu'il passe avec les tiers. Cependant aux termes du sénatusconsulte Macédonien dont l'étude viendra plus tard, le *filiusfamilias* qui emprunte de l'argent sans le consentement de son père n'est pas obligé *jure civili*; mais il reste tenu d'une obligation naturelle, ainsi que toutes les personnes qui interviennent pour lui. Il existe cependant quelque obscurité sur les effets qu'elle produit; peut-être faut-il lui attribuer plus ou moins d'énergie, suivant que le fils est devenu père de famille ou n'a pas changé de condition (L. 14, D., *De rebus creditis*, 12-1; L. 40, D., *De condict. indebiti*, 12-6; L. 9, § 1; L. 11; L. 20, D., *De senatus. Maced.*, 14-6).

3° *Pupille.* — Un pupille qui a dépassé l'*infantia* contracte *sine auctoritate tutoris*. S'est-il enrichi, il est passible d'une action jus-

qu'à concurrence de son profit. Dans le cas contraire, est-il au moins obligé naturellement? L'affirmative ne soulève aucun doute à l'époque de Justinien. Pour le droit classique, la question est discutée depuis les glossateurs. Mais, tout en reconnaissant qu'il y eut controverse parmi les jurisconsultes romains, on doit tenir pour certain que la doctrine consacrée par Justinien prévalut de bonne heure, et qu'elle eut pour elle les princes de la science, Gaius, Pomponius, Marcien, Ulpien, Paul et Papinien (*Gaius*, III, 176. — L. 19, § 4, D., *De donationibus*, 39-5; L. 21, pr., D., *Ad legem Falcidiam*, 35-2; L. 44; L. 95, § 2, D., *De solutionibus*, 46-3. — *Inst.*, L. III, t. XXIX, *Quibus modis oblig. toll.*, § 3) (1).

Cependant, pour sauvegarder le principe tutélaire de l'incapacité du pupille, il faut admettre que cette obligation naturelle ne valide jamais aucun acte d'exécution volontaire ou forcé, de la part du pupille, encore impubère; elle ne lui est opposable qu'à l'occasion de faits postérieurs à sa puberté. En attendant, on peut la considérer comme efficace à l'égard des tiers.

4° *Femme en tutelle.* — Dans l'ancien droit, la femme pubère *sui juris* qui contracte *sine tutore* s'oblige naturellement. Cette obligation n'était probablement nuisible qu'aux tiers qui l'avaient garantie, et non à la femme elle-même, lorsqu'elle se trouvait sous la tutelle d'un patron ou d'un ascendant qui en aurait souffert (*Gaius*, III, 119, 176).

Quant à la femme engagée contrairement au sénatusconsulte Velléien, elle n'est tenue d'aucune obligation naturelle et peut en conséquence répéter (L. 40, pr., D., *De condictione indebiti*, 12-6).

5° *Mineurs de vingt-cinq ans et prodigues interdits.* — Les prodigues interdits, et les mineurs de vingt-cinq ans (dans la doctrine précédemment admise pour le dernier état du droit), ont une capacité pareille à celle du pupille. On est donc autorisé à leur appliquer les règles posées pour ce dernier (L. 25, D., *De fidejussoribus*, 46-1. — *Voir* t. I, p. 112, 114).

Inobservation des formes civiles. — Il est enfin des cas où l'obligation naturelle tient à l'inobservation des formes exigées pour constituer l'obligation civile.

Le principal de ces événements est le pacte nu; car on verra que

(1) Voir en sens contraire : Nératius (L. 41, D., *De cond. indeb.*, 12-6), — Licinnius Rufinus (L. 59, D., *De oblig. et act.*, 44-7).

les *pacta adjecta*, *prætoria vel legitima* ont fini par engendrer des actions. Quant au *pactum nudum*, c'est vainement qu'on a refusé d'y voir une source d'obligations naturelles. Les jurisconsultes romains expriment maintes fois l'idée que toute la valeur des pactes est dans l'équité; or le principe fondamental en notre matière, c'est la proposition de Papinien, que l'équité soutient seule les obligations naturelles (L. 1, pr., D., *De pactis*, 2-14; L. 5, § 2; L. 95, § 4, D., *De solutionibus*, 46-3).

Pour la même raison de l'inobservation des formes, il ne peut naître aussi que des obligations naturelles : 1° des stipulations *post mortem meam* ou *tuam*, *pridie quam moriar* ou *morieris*; 2° des stipulations ou promesses faites par un pérégrin dans la forme *spondes, spondeo*. A raison même du motif purement arbitraire et subtil qui leur faisait refuser la qualité d'obligations civiles, on doit penser que ces obligations naturelles produisaient tous les effets qu'il nous reste maintenant à déterminer (*Gaius*, III, 117, 119).

DEUXIÈME SECTION.

EFFETS DES OBLIGATIONS NATURELLES.

Les effets de l'obligation naturelle sont variables et flottants. Les textes en indiquent plusieurs, sans les attacher tous ensemble à tous les cas. On peut donc les diviser en deux groupes : les uns se rencontrent nécessairement dans toutes les obligations naturelles, ce sont les effets *caractéristiques* ou essentiels; les autres ne se rattachent qu'à certaines obligations naturelles seulement, on les qualifie d'effets *accidentels*.

§ I.

Effets caractéristiques.

Les effets caractéristiques de l'obligation naturelle sont au nombre de deux :

1° Le premier effet essentiel est pour ainsi dire un effet *négatif*, l'obligation naturelle n'engendre pas d'action. Le *vinculum juris*, ainsi dépouillé de sa principale force, est assez imparfait pour expliquer la qualification d'*inutilis* ou *nulla* que les textes donnent

souvent à l'obligation naturelle (L. 16, § 4, D., *De fidejuss.*, 46-1; L. 95, § 4, D., *De solut.*, 46-3).

2° Le second effet essentiel est *positif;* l'obligation naturelle peut servir de cause à un paiement valable. En d'autres termes, partout où la *condictio indebiti* manque à la personne qui a payé sachant qu'on ne pouvait la poursuivre, et partout où la personne qui a payé en connaissance de cause ne fait pas une donation, il y a une obligation naturelle. C'en est là le *criterium* direct et la pierre de touche (L. 1, § 17, D., *Ad legem Falcid.*, 35-2; L. 16, § 4, D., *De fidejuss.*, 46-1; L. 94, § 3, D., *De solut.*, 46-3. — Conf., C. C., art. 1235-2°).

§ II.

Effets accidentels.

Aux effets caractéristiques et pour ainsi dire inséparables de l'obligation naturelle, il peut s'en joindre de moins ordinaires. Les textes signalent tantôt l'un tantôt l'autre.

1° Ainsi, dès l'instant qu'on admet la possibilité d'un paiement, il faut en dire presque toujours autant des opérations ou garanties qui ont pour objet de l'assurer, telle que la fidéjussion, le constitut, l'hypothèque, le gage, etc. (L. 7; L. 8, § 2, D., *De fidejuss.*, 46-1; L. 1, § 7, D., *De pecun. const.*, 13-5; L. 5, pr., D., *De pignoribus et hypothecis*, 20-1. — L. 19, C., *Ad legem Falcid.*, 6-50).

2° L'obligation naturelle permet souvent l'intervention d'une *adstipulatio;* l'action refusée au créancier est alors accordée à l'*adstipulator*. De même, l'obligation naturelle donne un fondement valable à la novation, et suffit même à nover une obligation civile (L. 1, § 1, D., *De novationibus*, 46-2).

3° L'obligation naturelle peut quelquefois engendrer au profit du créancier le droit de rétention (L. 51, D., *De condict. indebit.*, 12-6).

4° Enfin, la conséquence la plus grave, mais probablement la plus rare, de l'obligation naturelle, c'est qu'elle peut servir de cause à la compensation (L. 6, D., *De compensationibus*, 16-2. — *Contra*, C. C., art. 1291) (1).

Conclusion. — En résumé, la possibilité du paiement et de la

(1) Il faut encore remarquer que l'obligation naturelle s'éteint *ipso jure* par un simple pacte (L. 95, § 4, D., *De solut.*, 46-3).

compensation aboutit à donner au créancier la faculté de se prévaloir de l'obligation naturelle par voie de rétention; c'est l'explication du droit de préférence reconnu au père de famille dans l'action *de peculio*. Accompagnée d'une *adstipulatio*, d'une sûreté, ou suivie d'une novation, l'obligation naturelle est la cause indirecte d'une action.

S'il fallait attacher toujours l'ensemble de ces divers effets à toutes les obligations naturelles, il serait exact de dire qu'elles n'ont d'autre infériorité sur l'obligation civile que le défaut d'action. Mais, à l'exception de la possibilité du paiement, les autres conséquences n'ont rien de fixe et se groupent plus ou moins nombreuses autour de chaque hypothèse. Bien mieux, pour une même obligation naturelle, la concession de tel ou tel effet dépend des circonstances et des personnes. Il n'y a donc pas de règles générales, et les textes ne fournissent aucun moyen d'en établir.

Par conséquent, puisque ces obligations naturelles se présentent à des degrés divers d'énergie, on n'en saurait donner qu'une définition large et flexible. Ce sont des obligations dont le paiement, non exigible par voie d'action, échappe à la *condictio indebiti* quand il est fait volontairement, et qui peuvent produire telles ou telles autres conséquences juridiques suivant les cas.

En un mot, l'obligation naturelle est une obligation civile plus ou moins imparfaite.

CHAPITRE III.

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LES CONTRATS.

Les contrats, œuvre volontaire et commune du créancier et du débiteur, constituent la source la plus habituelle et la plus féconde des obligations.

Tout contrat suppose une convention; mais toute convention ne constitue pas un contrat (L. 1, § 3, D., *De pactis*, 2-14).

La convention est le résultat du concours de deux ou plusieurs volontés sur un même objet, *in idem placitum consensus*. La convention est-elle munie d'une action par le droit civil? On doit l'appeler contrat. Est-elle, au contraire, dépourvue de cette sanction? on doit l'appeler pacte. Le *contractus* et le *pactum* sont les deux espèces

d'un même genre, la *conventio;* mais le *contractus* a sur le *pactum* l'avantage d'engendrer une action. Le contrat peut donc se définir : une convention formellement consacrée par le droit civil et pourvue d'une action (L. 3, §§ 4, 5, D., *De pactis,* 2-14. — Conf., C. C., art. 1101, 1134) (1).

§ I.

Éléments des contrats.

Dans tout contrat, on rencontre où l'on peut rencontrer trois sortes d'éléments : accidentels, naturels, essentiels.

Éléments accidentels. — Les éléments accidentels d'un contrat sont les circonstances que les parties y introduisent librement pour en modifier la durée ou les effets, mais qu'on n'y sous-entend pas; telles sont en général les modalités, comme le terme, la condition, etc. Papinien les nomme *adminicula* (L. 72, D., *De contr. empt.*, 18-1).

Éléments naturels. — Les éléments naturels d'un contrat sont les circonstances qui l'accompagnent d'ordinaire et qu'on y sous-entend, mais que les parties ont le droit d'en retrancher par une clause expresse; telle est, par exemple, la garantie dans la vente, etc.

Éléments essentiels. — Les éléments essentiels d'un contrat sont les circonstances indispensables à sa formation, et sans lesquelles il n'existe pas. Il y en a quatre qui sont le consentement, la capacité, l'objet et la cause (*causa*) (Conf., C. C., art. 1103).

Consentement. — Le consentement est l'accord réciproque des volontés; il n'y a de contrat que si deux ou plusieurs personnes s'entendent pour contracter ensemble, à titre de créancier et de débiteur (L. 1, § 3, D., *De pactis,* 2-14; L. 137, § 1, D., *De verb. oblig.*, 45-1). Une promesse purement unilatérale, c'est-à-dire non acceptée par une volonté qui s'accorde avec la volonté de son auteur, ne constitue pas un contrat, et forme ce qu'on appelle dans la langue technique une simple *pollicitatio* (2). Il nous faudra recher-

(1) Un texte célèbre d'Ulpien établit très clairement cette distinction entre la convention et le contrat : *Juris gentium conventiones quædam actiones pariunt, quædam exceptiones, quæ actiones pariunt, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus* (L. 7, pr., § 1, D., *De pactis,* 2-14).

(2) La *pollicitatio,* c'est-à-dire *solius offerentis promissio,* n'est pas obligatoire tant qu'elle n'a pas été acceptée par la partie à qui elle s'adresse ; par exception,

cher en quel cas le consentement fait absolument défaut, en quel cas il n'est qu'imparfait ou vicié, et quelle est alors la situation juridique des contractants.

Capacité. — La capacité est l'aptitude juridique à contracter. On conçoit *a priori* que la loi, souveraine appréciatrice de la valeur des actes privés, peut refuser à certaines personnes, dans leur intérêt ou dans l'intérêt d'autrui, la faculté de figurer efficacement soit dans tous les contrats en général soit dans tel contrat déterminé. En thèse générale, la capacité est exigée plus rigoureusement dans celle des parties qui joue le rôle de débiteur que dans celle qui joue le rôle de créancier. Le tableau des incapables sera facile à tracer (*infra*, p. 24).

Objet. — L'objet du contrat n'est au fond et en réalité que l'obligation qui en dérive. Mais l'obligation elle-même ne saurait exister sans un objet, c'est-à-dire sans une prestation due par le débiteur au créancier, sans une *res solvenda*. De là vient qu'en omettant l'idée intermédiaire, on entend par objet du contrat ce qui est théoriquement l'objet de l'obligation, en un mot, la prestation due, la *res solvenda*. On connaît déjà les caractères indispensables que doit présenter l'objet de l'obligation ou du contrat, les difficultés de détail surgiront en leur temps.

Cause. — Ces trois premiers éléments essentiels du contrat sont les mêmes dans le droit romain et dans le droit français. Mais le quatrième, bien que nommé du nom de cause par les deux législations, y relève de principes absolument opposés. Chez nous, la cause du contrat est sa *cause finale*, c'est-à-dire le but juridique qu'a voulu atteindre l'auteur de la promesse. A Rome, la cause du contrat (*causa civilis*) est sa *cause efficiente*, c'est-à-dire un fait extérieur et juridique qui accompagne la convention et qui la rend obligatoire. Supposons, par exemple, que Seius contracte envers Titius, dans la forme écrite ou verbale, l'obligation de lui rendre une somme d'argent qu'il va lui emprunter, et qu'après l'accomplissement de ces solennités constitutives du contrat, Titius refuse à Seius de lui compter les espèces; alors va se manifester clairement la différence du droit romain et de notre droit actuel. En pareille hypothèse, le contrat français serait nul, faute de cause, parce que

cependant, le droit romain considère comme juridiquement efficace la *pollicitatio* qui s'adresse à l'État, aux cités et aux divinités (L. 2; L. 3, pr.; L. 7, D., *De pollicitat.*, 50-12).

l'engagement du débiteur n'a pas atteint son but juridique, c'est-à-dire le versement de la somme. Au contraire, le contrat romain sera valable, parce que l'engagement de Seius repose sur une cause, c'est-à-dire sur le fait extérieur et légalement efficace des *litteræ* ou des *verba*. Si telle est la rigueur de l'antique théorie civile, on verra néanmoins que l'équité du préteur et des jurisconsultes sut la tempérer dans la pratique (Conf., C. C., art. 1131, 1132, 1133).

Par la réunion de ces quatre éléments essentiels, consentement, capacité, objet et cause, le contrat est formé *in genere*. Mais à quelle classe de contrats appartient-il? quel nom faut-il lui donner? On fait sortir ces notions plus intimes de l'examen d'autres éléments essentiels qui sont particuliers à chaque contrat, et qui en déterminent l'individualité.

§ II.

Divisions des contrats.

Les contrats sont susceptibles de plusieurs divisions, qu'on ne retrouve pas toutes dans les textes, mais dont le germe s'y rencontre nécessairement; car il en est qui tiennent à la nature des choses.

1° *A titre onéreux ou gratuit.* — Au point de vue du motif déterminant, les contrats sont *à titre gratuit*, quand le motif qui a décidé les parties à conclure est une libéralité que l'une veut faire à l'autre; ils sont *à titre onéreux*, quand les parties s'obligent en vue d'un équivalent reçu ou à recevoir. Cette distinction est importante dans la pratique, parce qu'il y a des personnes qui, capables de contracter entre elles à titre onéreux, sont incapables de contracter à titre gratuit; tels sont, par exemple, les époux.

Les contrats à titre onéreux se subdivisent en *commutatifs* et *aléatoires*, selon que l'équivalent consiste dans une valeur certaine ou dans une chance éventuelle, *alea* (L. 8, § 1, D., *De contr. empt.*, 18-1. — Conf., C. C., art. 1104, 1105, 1106).

2° *Unilatéraux ou synallagmatiques.* — Au point de vue de la simplicité ou de la multiplicité des rapports du droit engendrés, les contrats sont *unilatéraux* quand ils n'obligent que l'une des parties, *bilatéraux* ou *synallagmatiques* quand ils les obligent l'une et l'autre. Juridiquement et doctrinalement, la division devrait en rester

là. Mais on subdivise pourtant les contrats bilatéraux ; on les appelle *synallagmatiques parfaits* dans les contrats où les deux parties sont obligées ensemble dès le début comme dans la vente ou le louage et *synallagmatiques imparfaits* dans les cas où l'une des parties est seule obligée à l'origine, sauf que l'autre peut le devenir aussi dans la suite, comme dans le dépôt ou le mandat (Conf., C. C., art. 1102, 1103).

3° *Nommés ou innommés.* — Au point de vue des qualifications qu'on leur applique, les contrats sont *nommés*, quand ils ont reçu pour ainsi dire un baptême juridique, une désignation individuelle ; l'action qui en dérive a d'habitude le même nom ; ainsi les contrats de vente, *emptio-venditio*, de commodat, *commodatum*, de société, *societas*, engendrent les actions *empti, venditi, commodati, pro socio,* etc. Sont au contraire *innommés* les contrats qui n'ont pas une appellation propre. Multiples et divers comme les exigences et les besoins de la vie sociale, ils comprennent toutes les conventions non prévues dans la loi mais révélées par un fait d'exécution qui en devient la cause obligatoire ; ils engendrent tous une même action générale et commune, qu'il faudra plus tard étudier sous le nom d'*actio ex præscriptis verbis* (Conf., C. C., art. 1107).

Ces trois premières divisions des contrats se retrouvent nécessairement dans toutes les législations ; mais les deux suivantes présentent des caractères plus arbitraires, aussi sont-elles propres à la législation romaine.

4° *De droit strict ou de bonne foi.* — Au point de vue des pouvoirs du juge appelé à les sanctionner, les contrats sont de droit strict, *stricti juris*, quand il doit en appliquer rigoureusement la lettre ; ils sont de bonne foi, *bonæ fidei*, quand il peut suppléer aux omissions des parties *ex æquo et bono*, en s'inspirant de l'équité, des usages locaux, des circonstances et de l'intention des contractants. Tous les contrats unilatéraux sont de droit strict ; tous les contrats synallagmatiques parfaits ou imparfaits sont de bonne foi (1).

5° *Verbaux, littéraux, réels ou consensuels.* — Au point de vue de la *causa*, cause efficiente ou fait générateur de l'action, les con-

(1) Le Code civil proclame que toutes les conventions doivent s'exécuter de bonne foi (art. 1134). Il ne serait pas impossible cependant de retrouver dans notre législation quelques traces, fort affaiblies sans doute mais encore sensibles, de l'ancienne classe des contrats de droit strict (Voir notamment : art. 1153, 1514, 2015, C. C.).

trats sont verbaux, littéraux, réels ou consensuels (*Gaius*, III, 89. — *Inst.*, L. III, t. XIII, *De oblig.*, § 2).

Les contrats verbaux et littéraux ont pour caractère commun de reposer sur un fondement artificiel. Ils se forment, en effet, les premiers, *verbis*, c'est-à-dire par certaines paroles, les seconds, *litteris*, c'est-à-dire par des écritures déterminées. Ces solennités arbitraires, une fois adjointes aux trois conditions préalables du consentement, de la capacité et de l'objet, produisent le *vinculum juris*, sans qu'on ait à rechercher si le débiteur obtient ou non l'avantage qu'il poursuivait en s'engageant. Bref l'obligation y naît d'une forme légale; la cause y est factice et s'appelle pour ce motif *causa civilis*. Ces deux espèces de contrats ont une physionomie essentiellement romaine, et doivent à ce titre précéder les autres dans notre étude.

Les contrats réels n'encourent pas la même critique. Ils se forment *re*, c'est-à-dire par une tradition ou livraison qui oblige l'*accipiens* à une restitution; ce sont : le *mutuum*, le commodat, le dépôt et le gage; rien de plus équitable ni de plus rationnel. Si l'on donne encore le nom de *causa civilis* à ce fait générateur de l'action, c'est uniquement pour exprimer que la loi accepte et consacre le résultat de la volonté des parties et de la remise effectuée. La *causa* des contrats réels pourrait donc s'appeler *naturalis* aussi bien que *civilis*.

Les contrats consensuels offrent enfin un caractère bien tranché. Seuls entre tous les contrats romains, ils n'ont pas besoin d'une *causa civilis*, d'un fait extérieur qui vienne s'ajouter aux trois conditions générales du consentement, de l'objet et de la capacité. Pour parler plus net, le simple accord des parties capables sur l'objet et les clauses essentielles de ces contrats suffit à leur donner existence et vigueur. C'est en ce sens qu'ils se forment *solo consensu;* de là leur nom de consensuels. Ces contrats sont : la vente, le louage, la société, le mandat, c'est-à-dire les plus importants et les plus usuels de tous (1). En raison même de leur fréquent emploi, on ne pouvait les soumettre à la gênante nécessité d'une forme précise, d'un cadre déterminé, d'une *causa civilis*.

La conséquence générale de cette célèbre division est facile à

(1) Il faut ajouter le contrat emphytéotique depuis Zénon (*Inst.*, L. III, t. XXIV, *De loc. et cond.*, § 3).

poser. Les contrats verbaux et littéraux, frères par la naissance et par les effets, constituent la grande classe des contrats solennels, dont la *causa civilis* est artificielle; les contrats réels, dont la *causa civilis* n'a rien d'arbitraire, et les contrats consensuels, dispensés de toute *causa civilis*, forment au contraire la classe des contrats non solennels. Cette large classification se retrouve, sinon dans la lettre de la loi romaine, au moins dans son esprit.

La nécessité de *verba* ou de *litteræ* dans les contrats solennels a valu de nos jours, aux législateurs de Rome, bien des accusations de formalisme et de matérialisme; mais il est bien facile de les en défendre. Qu'on se reporte aux vieilles époques des Douze-Tables et de la République; l'écriture est alors peu répandue, et les documents en sont rares; la preuve écrite des contrats, si facile et si rapide aujourd'hui, ne pouvait être que l'exception pour les contemporains de Camille et de Fabricius. De là mille embarras et mille difficultés, lorsqu'un créancier voulait, après un délai plus ou moins long, établir son droit contre un débiteur récalcitrant. Pour obvier à ces inconvénients, il fallut user d'un moyen énergique et couper le mal par la racine.

On y parvint en subordonnant la formation du contrat à l'accomplissement d'un acte matériel, d'un fait extérieur et sensible, susceptible par conséquent de fixer l'attention des parties d'une manière précise, de frapper les sens et de rester dans la mémoire des témoins. En d'autres termes, on exigea que le contrat portât sa preuve en lui-même; le fond releva de la forme, et la loi n'attacha la force obligatoire qu'à l'accord de volontés revêtu d'apparences assez nettes pour ne laisser aucun doute. Les contrats réels, dont la nature même suppose essentiellement l'acte matériel, le fait extérieur de la tradition, et les contrats consensuels dont l'origine est moins ancienne et dont l'usage quotidien répugnait d'ailleurs à l'exigence d'une cérémonie ou solennité quelconque, furent seuls dispensés de la *causa civilis* artificielle qu'on imposait aux autres contrats. Il n'y a rien que de naturel et de plausible dans cette conjecture.

CONTRATS VERBAUX.

CHAPITRE IV.

FORMES ET CONSÉQUENCES GÉNÉRALES DE LA STIPULATION.

(*Inst.*, L. III, t. XV.)

Les contrats verbaux et littéraux, en leur qualité de contrats solennels, s'offrent tout d'abord à l'explication. L'importance supérieure des contrats verbaux les place logiquement en première ligne.

Le principal des contrats *verbaux* est la stipulation; les autres sont la *dotis dictio* et la *jurata promissio liberti;* il en sera parlé plus loin.

La stipulation présente en droit romain une importance toute particulière; elle est moins en effet une convention spéciale, distincte, individualisée par l'objet, le motif ou le but, qu'une enveloppe susceptible de fortifier toute convention licite. Tandis que les autres contrats, vente, louage, gage, prêt, etc., répondent tous à des besoins déterminés et produisent tous des effets propres, la stipulation n'est qu'un procédé général et commode pour contracter, une formule destinée à créer un engagement juridique. On a pu la définir avec raison un moule à obligations (*Inst.*, L. III, t. XVIII, *De divis. stip.*, § 3).

On recouvrait de cette forme souple et flexible, tantôt de simples conventions par elles-mêmes inefficaces et qu'on élevait par ce moyen au rang de contrats, tantôt des contrats déjà valables dont l'exécution devenait ainsi plus facile et plus certaine, tantôt des engagements quelconques et préexistants qu'il s'agissait de transformer, c'est-à-dire de nover. C'est en raison de cette singulière multiplicité d'usages que les jurisconsultes prirent l'habitude, suivie par Justinien dans les Institutes, de poser à propos de la stipulation la plupart des principes et des règles qui dominent toute la

théorie des obligations contractuelles. Il y a donc avantage à commencer par cet important contrat verbal qui sert de type et de point de comparaison pour tous les autres contrats.

Formes de la stipulation. — Une question préalable du créancier, une réponse conforme du débiteur, tel est le mécanisme fort simple de la stipulation. Question et réponse doivent avoir lieu dans cet ordre; si les rôles étaient intervertis, et que le débiteur prît l'initiative, le créancier aurait beau adhérer, le contrat ne se formerait pas. Le terme général de stipulation désigne souvent l'opération tout entière; mais on donne dans un sens plus restreint le nom de *stipulatio* à la question préalable du créancier, et le nom de *promissio* à la réponse conforme du débiteur. Aussi *stipulari* signifie-t-il acquérir une créance, et *promittere*, contracter une dette (*Gaius*, III, 92. — L. 1, § 1; L. 5, § 1, D., *De verb. oblig.*, 45-1. — *Inst.*, L. III, t. XV, *De verb. oblig.*, pr.) (1).

Les contractants sont-ils au moins libres d'employer des paroles quelconques? On peut conjecturer, d'après un texte de Paul, que des locutions solennelles et sacramentelles furent nécessaires dans le droit primitif; les Institutes donnent des exemples de ces anciennes formules: *spondes? spondeo; promittis? promitto; fidepromittis? fidepromitto; fidejubes? fidejubeo; dabis? dabo; facies? faciam* (*Paul*, S., L. V, t. VII, § 1. — *Gaius*, III, 92. — *Inst.*, L. III, t. XV, *De verb. oblig.*, § 1).

Déjà, les jurisconsultes classiques permettaient aux contractants de traduire dans une autre langue ces expressions latines. Gaius, à la vérité, ne parle que du grec, et l'extension de ce privilège à d'autres langues, mal connues et d'ailleurs dédaignées des Romains, paraissait douteuse au novateur Ulpien lui-même, dans le troisième siècle de notre ère. Mais le besoin triompha, à la longue, des traditions les plus rebelles, et l'on dut finir par admettre dans la stipulation l'emploi d'une langue quelconque. La question et la réponse purent même se faire en deux langues différentes, pourvu que les parties se comprissent réciproquement. En d'autres termes, l'accord ne fut plus exigé dans le langage, mais seulement dans l'intelligence des mots. La seule formule *spondesne spondeo?* resta propre aux

(1) On peut comparer les formes de la stipulation romaine avec les formalités prescrites par l'article 75 du Code civil pour la célébration du mariage; l'officier de l'état civil doit recevoir de chaque partie l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme.

citoyens romains, jusqu'au jour où l'empereur Léon, en 469, consomma l'œuvre du temps et supprima toute solennité de paroles, *solemnitate verborum sublata*. Dès cette époque, par conséquent sous Justinien, la stipulation résulte de la question et de la réponse exprimées dans une forme quelconque (*Gaius*, III, 93. — L. 1, § 6, *De verb. oblig.*, 45-1. — L. 10, C., *De contr. et com. stip.*, 8-38. — *Inst.*, L. III, t. XV, *De verb. oblig.*, § 1).

Mais elle ne cesse point pour cela d'être un contrat verbal, toujours distinct des autres sources d'obligations; la preuve en est que Justinien la déclare encore impossible entre absents et inaccessible aux muets et aux sourds (*Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, §§ 7-12).

Conséquences générales de la stipulation. — Par son mécanisme, la stipulation est un contrat unilatéral; car elle ne produit qu'une obligation; le *stipulator* devient créancier, et le *promissor* devient débiteur. Si deux personnes veulent s'obliger réciproquement, *ultro citroque*, elles n'ont qu'à faire deux stipulations successives, en intervertissant dans la seconde les rôles joués dans la première; mais il y aura là deux opérations distinctes et par suite deux contrats distincts sans aucune liaison entre eux.

La stipulation, contrat unilatéral, est par conséquent de droit strict; elle n'engendre qu'une action de droit strict comme elle, et qui s'appelle *condictio* de son nom générique. Mais cette action unique peut se présenter sous deux aspects différents; c'est là tout ce que veut exprimer Justinien, en disant que de la stipulation *duæ proficiscuntur actiones*. En effet, une *stipulatio certa* donne naissance à la *condictio certi*; une *stipulatio incerta* donne naissance à la *condictio incerti*, qu'on appelle plus habituellement *actio ex stipulatu*. L'intérêt pratique de cette subdivision ne manque pas de gravité; car on verra plus tard, au cours de la théorie des actions, que la différence des formules de la *condictio certi* et de la *condictio incerti* aboutit à rendre possible dans la première le danger éminemment romain de la *plus petitio*, qui est impossible dans la seconde (*Inst.*, L. III, t. XV, *De verb. oblig.*, pr.).

Il n'est donc pas inutile de préciser dès à présent le *criterium* des stipulations certaines ou incertaines. Sont d'abord et nécessairement incertaines toutes les stipulations qui tendent, soit *ad faciendum vel non faciendum*, soit *ad præstandum*, ou plus simplement qui ne tendent pas *ad dandum*. Quant aux stipulations *ad dandum*,

elles sont certaines lorsque l'objet promis au créancier, par le débiteur, est déterminé dans son individualité, *in specie, in individuo*; lorsque les termes du contrat permettent d'établir d'une manière précise la nature, la qualité et la quantité de l'objet dû. *Certum est quod ex ipsa pronunciatione apparet, quid, quale, quantumque sit debitum* (L. 74, D., *De verb. oblig.*, 45-1). Par exemple, Titius promet à Seius la propriété de l'esclave Stichus, du cheval blanc qu'il a dans son écurie, du fonds Cornélien, ou de cent amphores du meilleur vin de Campanie, etc. Dans tout autre cas, la stipulation même d'un *dare* est incertaine; par exemple, Titius promet à Seius la propriété d'un esclave apte à jouer la comédie, d'une bête de somme propre au labour, de cent amphores de vin, d'un fonds en Italie, etc. C'est qu'en ces diverses hypothèses, alors que l'objet promis consiste dans un fait positif ou négatif, dans une jouissance, dans la translation d'une chose indéterminée par quelque côté; la *res solvenda* n'est pas absolument et totalement connue à l'avance, l'énoncé du contrat ne suffit pas à la préciser, elle n'est donc pas *certa* (L. 75, §§ 2, 3, 4, D., *De verb. oblig.*, 45-1).

Si la *datio* promise par le débiteur ne tend pas à la translation de la propriété, mais à la constitution d'un de ses démembrements comme d'une servitude prédiale ou d'un usufruit, certains jurisconsultes y voient toujours une stipulation incertaine; d'autres l'assimilent à la *datio* de la propriété, sous les mêmes distinctions. Ce point de doctrine reste obscur et douteux, si bien que les deux thèses paraissent défendues par Ulpien (L. 1, D., *De cond. tritic.*, 13-3; L. 75, § 3, D., *De verb. oblig.*, 45-1).

CHAPITRE V.

ÉLÉMENTS ESSENTIELS DE LA STIPULATION. — CONTRATS INUTILES.

(*Inst.*, L. III, t. XIX.)

Dans la langue juridique des Romains on entend par *stipulatio utilis* la stipulation efficace, parce qu'elle est conforme aux principes du droit civil ou prétorien, et par *stipulatio inutilis* celle que le droit civil ou prétorien refuse de sanctionner. Traiter avec Justinien des stipulations inutiles, c'est donc étudier les éléments

essentiels à leur existence d'après le droit civil, à leur validité d'après le droit prétorien.

On distingue, par conséquent, deux catégories de stipulations inutiles ou, en d'autres termes, deux degrés de nullité des stipulations. Poursuivi en exécution d'une promesse contraire au droit civil, le promettant sera absous *ipso jure* et sans le secours d'aucune exception; poursuivi en exécution d'une promesse contraire seulement au droit prétorien, le promettant serait condamné, si le préteur n'intervenait par une exception qui paralyse l'action. Les nullités prétoriennes ne font pas l'objet d'une étude spéciale et directe dans les Institutes; aussi paraît-il nécessaire de les rapprocher des règles civiles qu'elles affectent.

Nous avons déjà dit que la stipulation est plutôt une manière de s'obliger qu'un contrat proprement dit, et que Justinien, à l'exemple des jurisconsultes, y rattache l'exposé des théories générales. Or, parmi les éléments essentiels des contrats, il n'en est qu'un dont la nature suppose des conditions particulières et distinctes : c'est la *causa civilis*, c'est-à-dire la forme exigée pour donner naissance à l'action; elle consiste suivant les cas dans la *res* (contrats réels), dans les *verba* (contrats verbaux) ou dans les *litteræ* (contrats littéraux). Les trois autres éléments essentiels : capacité, consentement et objet, offrent toujours les mêmes caractères. Il reste donc entendu qu'à l'exception des principes de la *causa civilis*, et s'il n'y a point de réserve expresse, les détails qui vont suivre ne se renferment pas dans le cadre de la stipulation et doivent s'étendre à tous les contrats en général.

PREMIÈRE SECTION.

NULLITÉ QUI TIENT A LA CAPACITÉ.

(*Inst.*, L. III, t. XVII, t. XIX.)

C'est une question capitale que de savoir quelles personnes peuvent stipuler ou promettre, en d'autres termes, jouer le rôle de créancier ou de débiteur dans un contrat.

Il faut distinguer soigneusement la capacité naturelle et la capacité civile. Une personne est *naturellement incapable*, lorsqu'elle se trouve dans l'impossibilité de consentir, comme le *furiosus* et

l'*infans*, ou dans l'impossibilité de participer aux formes exigées, comme l'absent, le muet ou le sourd à l'égard des contrats verbaux. Cette incapacité résulte de la force même des choses, se confond soit avec la nécessité du consentement, soit avec les exigences de la *causa civilis*, et serait admise dans le silence même de la loi. Au contraire, une personne est *civilement incapable* lorsque son consentement, quoique sérieux et revêtu des formes prescrites, n'a pas de valeur aux yeux du législateur, qui l'annule. Cette incapacité ne fait pas double emploi avec la nécessité du consentement ou de la *causa civilis*, puisqu'elle n'apparaît et n'opère qu'en les supposant réalisés l'un et l'autre.

Il n'est ici question que de la capacité civile, c'est-à-dire de l'aptitude légalement requise, pour contracter. Une règle aussi vraie en droit romain qu'en droit français c'est que la capacité est de droit commun et que l'incapacité, pour exister, doit être écrite dans un texte de loi. D'ailleurs, l'incapacité peut être générale ou spéciale suivant qu'elle s'applique à tous les contrats ou qu'elle ne s'applique qu'à certains contrats déterminés (L. 43, D., *De oblig. et act.*, 44-7. — Conf., C. C., art. 1123). L'incapacité civile peut tenir à des causes diverses; elle dérive notamment de l'extranéité, de la puissance dominicale ou paternelle, de l'âge, du sexe et de la sentence d'interdiction portée contre le prodigue (1).

§ I.

Capacité des pérégrins.

La capacité proprement dite des pérégrins était déterminée par leur loi nationale. Mais on sait qu'aux yeux de la loi romaine, les actes juridiques rentrent dans le *jus gentium* ou le *jus civile*, selon que les pérégrins sont investis ou dépourvus du droit d'y procéder valablement. A ce point de vue, les contrats sont en thèse générale du *jus gentium*; c'est-à-dire que la qualité de citoyen romain n'est pas nécessaire pour devenir contractuellement créancier ou débiteur (*Inst.*, L. I, t. II, *De jure nat.*, § 2, *in fine*).

On peut croire cependant que la stipulation des premiers temps,

(1) Il est une incapacité civile qui existe dans notre droit français mais que le droit romain n'a pas connue : c'est l'incapacité de la femme mariée. A Rome, le mariage non accompagné de la *manus* reste sans influence sur la capacité de la

par ses formules solennelles, excluait la participation des étrangers ; mais il fallut bientôt lever cette barrière, et le besoin de faciliter les relations internationales ne laissa qu'un dernier refuge à l'intolérance originaire ; la stipulation *spondesne? spondeo* demeura seule réservée aux citoyens, à l'exclusion des pérégrins (*Gaius*, III, 93, 94). Le contrat *litteris* proprement dit fut également considéré comme appartenant au *jus civile*, mais on verra que les jurisconsultes imaginèrent des formes spéciales (*syngraphæ*, *chirographa*), pour mettre ce contrat à la portée des pérégrins (*Gaius*, III, 134). Enfin, bien que les textes ne le disent pas expressément, il est permis de croire que les pérégrins ne pouvant contracter des *justæ nuptiæ* ne purent jamais participer à la *dotis dictio*.

§ II.

Capacité des personnes en puissance.

Un principe également incontestable, c'est qu'à l'exception du *nomen transcriptitium* dont il sera traité plus tard, tous les contrats restent accessibles aux individus *alieni juris*, notamment à l'esclave et au fils de famille.

Signalons tout d'abord deux grandes règles fondamentales.

1° La personne *alieni juris* est admise à contracter pour obliger les autres envers le *paterfamilias*, mais non pour obliger le *paterfamilias* envers les autres. Le prêteur seul déroge à cet axiome par les actions dites *adjectitiæ qualitatis* (*Inst.*, L. III, t. XXVIII, *Per quas pers. nob. obl.* — L. IV, t. VII, *Quod cum eo qui.*,).

2° Le rapport de puissance entre le père de famille et les individus *in ejus potestate*, tout en leur permettant de stipuler d'un tiers les uns pour les autres, les empêche de stipuler efficacement les uns des autres. Cependant on admettait, nous l'avons vu, la possibilité d'une obligation naturelle entre ces diverses personnes. Il faut d'ailleurs noter que le fils de famille, du jour où les empereurs lui reconnurent la propriété de son pécule *castrense* ou *quasi-castrense*, fut à l'égard des biens compris dans ces deux pécules, considéré comme un *paterfamilias* (*Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 6. — L. 2, D., *De contr. emp.*, 18-1).

femme ; celle-ci n'est ni plus ni moins capable qu'elle ne l'était avant de se marier (Conf., C. C., art. 215, 217, 1124).

Établies sur ces bases communes, les deux situations de l'esclave et du fils de famille ne sont pourtant pas identiques.

Capacité contractuelle de l'esclave. — L'esclave n'est pas une personne; aux yeux de la loi, il n'est qu'une chose, une *res mancipi*. Il n'a donc en lui-même aucune capacité de contracter, ni comme créancier ni comme débiteur; il ne peut stipuler ni promettre (L. 32, D., *De regulis juris*, 50-17).

Ce principe théorique est presque neutralisé dans la pratique par le principe inverse, que l'esclave joue le rôle d'un instrument d'acquisition pour son maître. S'il n'a pas de capacité personnelle, il emprunte du moins celle du *dominus*, dont il revêt la personnalité juridique, mais seulement à l'effet de devenir créancier. De là vient la règle : *Servus ex persona domini jus stipulandi habet* (*Inst.*, L. III, t. XVII, *De stip. serv.*, pr.).

Des conséquences variées découlent de ces prémisses. Ainsi les stipulations de l'esclave sont nulles, lorsqu'elles ne peuvent *consistere ex domino*, c'est-à-dire se fonder sur la capacité du maître; tel est le cas du *servus derelictus* ou du *servus pœnæ* (L. 36, D., *De stip. serv.*, 45-3). De plus, quand un esclave stipule, c'est comme si le maître stipulait en personne, et ce qui excéderait la capacité de ce dernier n'est pas valablement fait; ainsi le *servus peregrini* ne saurait employer avec efficacité la formule *spondesne? spondeo*. Mais il va de soi que l'esclave n'est pas arrêté par les simples obstacles de fait qui peuvent gêner personnellement le maître dans l'exercice de ses droits, et qui constituent de simples incapacités naturelles. Ainsi l'esclave d'un fou, d'un muet, d'un sourd, d'un *infans* ou d'une personne morale est admis sans difficulté à stipuler pour le compte de ces personnes, bien qu'elles soient ellesmêmes hors d'état de figurer individuellement dans une stipulation.

L'esclave peut stipuler de différentes manières, en son nom propre, pour son maître, pour une autre personne soumise à la puissance du même *paterfamilias*, ou sans dire pour qui (*impersonaliter*); le résultat ne change pas, et la créance passe toujours au maître. Il en est ainsi, lors même que le maître ne voudrait pas de l'acquisition, ou qu'il aurait interdit à l'esclave de la réaliser, *hoc nobis et ignorantibus et invitis obvenit*. Mais si l'esclave avait stipulé nominativement pour un tiers indépendant du *dominus*, la stipulation serait nulle, par application d'une règle qu'on étudiera bientôt, *alteri nemo stipulari potest* (*Inst.*, L. II, t. IX, *Per*

quas pers. nob. adq., § 3; L. III, t. XVII, *De stip. serv.*, § 1).

L'esclave peut avoir pour maître une hérédité jacente; il peut appartenir par indivis à plusieurs copropriétaires, ou se trouver grevé d'un droit réel d'usufruit, d'usage, ou enfin être possédé de bonne foi par un tiers. Il acquiert alors par ses contrats, les créances à ses divers maîtres, dans la même mesure qu'il leur acquiert les droits réels au moyen des modes d'acquérir; les principes et les détails sont les mêmes dans les deux ordres d'acquisitions (*Inst.*, L. III, t. XVII, *De stip. serv.*, pr., § 3).

Du reste, puisque l'esclave n'emprunte la capacité du maître que pour le rendre créancier, et non pour le rendre débiteur, il aurait beau contracter une dette; le maître n'en serait pas tenu. Mais elle subsisterait, ainsi qu'on l'a vu, à la charge de l'esclave, en qualité d'obligation naturelle (L. 32, D., *De regulis juris*, 50-17).

Capacité contractuelle de l'enfant de famille. — Pour traiter de la capacité contractuelle des enfants *in potestate patris*, il faut distinguer suivant qu'il s'agit d'un *filiusfamilias* pubère ou impubère ou suivant qu'il s'agit d'une *filiafamilias*.

Filiusfamilias pubère. — Le *filiusfamilias* pubère se distingue de l'esclave par un trait essentiel. Investi d'une personnalité juridique qui lui est propre, d'une capacité distincte et individuelle, il n'a pas besoin, comme le *servus*, d'emprunter la personnalité du *pater*; il peut stipuler *ex persona sua*. On se rappelle néanmoins que le fils de famille n'a pas de patrimoine. Par conséquent, s'il devient créancier, la créance acquise entre dans le patrimoine du père qui en bénéficie; telle est la règle primitive et pure, que vient battre en brèche la théorie des pécules, et dont l'application est quelquefois écartée par la nature du droit acquis. Si le fils de famille devient débiteur, son obligation n'enchaîne pas le père; mais elle n'est pas simplement naturelle comme la dette de l'esclave en pareil cas, elle est civile; seulement le créancier ne pourra le poursuivre sur des biens qu'il n'a pas, et devra pour le moment se contenter sans doute des voies d'exécution personnelle (1). Aussi est-il à croire que le fils de famille avait peu de crédit et ne trouvait pas facilement à contracter seul des dettes (L. 141, § 2, D., *De verb. oblig.*, 45-1).

Filiusfamilias impubère. — Quant au *filiusfamilias* impubère,

(1) Encore n'est-il pas certain que la puissance du père sur la personne du fils ne fît pas obstacle à cette exécution.

en le supposant sorti de l'*infantia*, il peut acquérir de lui-même à son père toute espèce de droits, et, par conséquent, des créances. Mais s'agit-il de s'obliger? il en est absolument incapable, et son père n'a pas le pouvoir de l'y habiliter, ni par son ordre ni par son assistance, *qui in potestate parentis est impubes, ne auctore quidem patre obligatur* (*Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 10 *in fine*. — L. 141, § 2, D., *De verb. oblig.*, 45-1).

On sait, au contraire, que l'impubère *sui juris*, c'est-à-dire le pupille, s'oblige valablement *tutore auctore*. La raison de cette différence est facile à trouver. Il n'existe pas une *auctoritas patris familias* correspondant à l'*auctoritas tutoris*; le père n'est pas chargé, comme le tuteur, de compléter par son intervention la personne de l'impubère placé sous sa puissance; parce que la personne de cet impubère se confond avec la sienne, au point de vue du patrimoine. D'ailleurs, l'impubère *alieni juris* n'a pas de biens, il ne saurait donc être dans la nécessité de contracter des obligations; dès lors on n'a pas songé à lui ouvrir l'accès de telles opérations juridiques. Ce principe devint il est vrai gênant dans le Bas-Empire après l'introduction du pécule adventice; mais on parvint alors à le tourner, en donnant au père l'usufruit et l'administration des biens attribués sous ce titre à son fils impubère (*Inst.*, L. II, t. IX, *Per quas pers.*, § 1).

Filiafamilias. — La capacité de la *filiafamilias* est moins clairement définie. Dans l'impuberté, elle ne diffère en rien du *filiusfamilias* du même âge. Mais, arrivée à la puberté, doit-on l'assimiler au fils pubère qui peut contracter créances et dettes, ou faut-il la maintenir encore et toujours dans la situation du fils impubère, qui peut bien devenir créancier, mais qui ne peut pas devenir débiteur même avec l'autorisation paternelle? Les textes sont contradictoires à cet égard (F. V., § 99. — L. 3, § 4, D., *Commodati*, 13-6; L. 9, § 2, D., *De sen. Maced.*, 14-6; L. 141, § 2, D., *De verb. oblig.*, 45-1).

Peut-être l'histoire du droit fournit-elle une solution plausible du problème. A l'origine, les femmes *sui juris*, même pubères, subissaient une tutelle perpétuelle, dont la tendance et le résultat étaient de leur rendre impossibles, sans l'*auctoritas* de leur tuteur, les plus importants des actes juridiques, notamment les obligations; on voulait ainsi conserver le patrimoine des femmes dans leurs familles. Il serait donc étrange que l'on eût permis aux filles de fa-

mille de compromettre à l'avance l'effet de la tutelle, en contractant valablement des dettes pendant qu'elles se trouvaient encore *alieni juris* et déjà pubères. Toute obligation leur était donc interdite, *ne patre quidem auctore*. Plus tard, lorsque la tutelle des femmes ne fut plus que nominale, on dut en effacer la conséquence désormais illogique, et la *filiafamilias* pubère dût avoir la même capacité que le *filiusfamilias* pubère (1).

§ III.

Capacité des personnes en tutelle ou curatelle.

Le pupille, c'est-à-dire l'impubère *sui juris*, est la seule personne pourvue d'un tuteur, après la disparition de la tutelle perpétuelle des femmes pubères. Sa capacité contractuelle dépend de plusieurs règles déjà connues et développées. Est-il *infans*, en d'autres termes, mineur de sept ans? il ne peut stipuler ni promettre. Est-il sorti de l'*infantia?* il peut devenir créancier *sine auctoritate tutoris*, parce qu'il rend alors sa condition meilleure; mais il ne peut devenir débiteur que *tutore auctore*, parce qu'un tel rôle rendrait sa condition pire. Au surplus, la combinaison de ces principes ne saurait en aucun cas lui procurer un enrichissement aux dépens d'autrui (*Gaius*, III, 109, 176. — L. 5, D., *De auct. tut.*, 26-8. — *Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, §§ 3, 9, 10).

Le très ancien droit romain subdivisait les pupilles sortis de l'*infantia* en *proximi infantiæ* et *proximi pubertati;* les premiers étaient assimilés aux *infantes*. Cette subdivision, fondée sur l'état intellectuel du pupille, et non sur son âge, ne conserva d'importance qu'en matière de délits (*Gaius*, III, 109).

Pour les personnes pourvues d'un curateur, la théorie est la même. Sans revenir sur les diverses applications de la curatelle, il suffit de constater, en thèse générale, que l'individu en curatelle (mineur de vingt-cinq ans ou prodigue interdit) est capable de stipuler seul et sans assistance, mais incapable de promettre *sine consensu curatoris*. En d'autres termes, il peut faire seul sa condition meilleure, mais il ne peut la faire pire qu'avec l'assistance et

(1) La révision de Studmund semble donner raison à cette conjecture (*Gaius*, III, 104. — Édition Dubois, p. 324).

le consentement de son curateur (L. 101, D., *De verb. oblig.*, 45-1. — *Voir*, t. I, p. 114).

Quant aux femmes *sui juris*, nous avons vu que, pendant longtemps, la législation romaine les tint en tutelle perpétuelle et que, pour ce motif, elles furent déclarées incapables de s'obliger *sine tutoris auctoritate* (*Ulpien*, R., t. XI, § 27. — *Voir*, t. I, p. 109) (1).

DEUXIEME SECTION.

NULLITÉ QUI TIENT AU CONSENTEMENT.

(*Inst.*, III, t. XIX.)

Le consentement, c'est-à-dire l'accord des volontés, est un élément essentiel qui doit se rencontrer nécessairement dans un contrat quelconque, qu'il s'agisse d'un contrat solennel ou d'un contrat non solennel; sans consentement, point de convention et par suite point de contrat (L. 137, § 1, D., *De verb. oblig.*, 45-1. — Conf., C. C., art. 1109 et s.).

Or, il peut arriver ou que le *consensus* fasse absolument défaut ou qu'il soit seulement entaché de vices qui l'altèrent plus ou moins profondément.

Les vices du consentement, c'est-à-dire les causes qui l'infirment sans le supprimer, sont le dol, *dolus*, la violence, *metus*, et dans certains cas l'erreur, *error*. De quels remèdes usera le contractant dont le consentement a été vicié? Suivant les hypothèses, et pour échapper à l'exécution du contrat, il emploiera des exceptions, ou les actions de dol et de violence, *de dolo*, *quod metus causa*, ou les *restitutiones in integrum propter dolum*, *propter metum*, *propter errorem*. Tous ces moyens étant d'origine prétorienne, supposent reconnue par le droit civil la validité des actes qu'ils attaquent. Il paraît donc évident que les vices du consentement ne font pas obstacle à la formation du contrat et n'en causent pas la nullité; ils ne font que le rescinder *tuitione prætoris*. Dès

(1) A ce tableau des incapacités générales du droit romain, il faut joindre certaines incapacités spéciales, dont il sera traité sur d'autres points. C'est ainsi que le célèbre sénatusconsulte Velléien a déclaré la femme incapable de toute *intercessio;* c'est également ainsi que le sénatusconsulte Macédonien a retiré au fils de famille la capacité de figurer à titre de débiteur dans un *mutuum* d'argent.

lors la théorie en sera mieux comprise ailleurs, et trouvera sa vraie place dans l'ensemble des *exceptiones*, des *actiones* et des *restitutiones in integrum* (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, §§ 24, 27, 31; t. XIII, *De except.*, § 9).

Il ne nous reste ici qu'à parler des hypothèses où le défaut absolu de consentement empêche l'existence même du contrat et le rend nul *jure civili*. On en conçoit deux principales; il peut arriver en effet, ou que les parties n'aient pas pu ou voulu consentir ou que le consentement ait été donné par erreur.

Impossibilité de consentir. — Lorsque les parties ou l'une d'elles n'ont pas pu physiquement consentir ou lorsqu'elles ont été incapables de donner un consentement sérieux, le contrat est absolument nul, il est inexistant; c'est ce qui se produit en cas de démence, d'ivresse complète, d'*infantia* ou de délire quelconque. Dans ces divers états, l'homme n'ayant pas le libre exercice de son intelligence, n'est pas juridiquement capable de vouloir; *nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quod agit*. La règle écrite aux Institutes pour le *furiosus* doit être généralisée (L. 48, D., *De reg. juris.*, 50-17. — *Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 8).

Il n'en serait pas autrement dans le cas où les parties, tout en ayant accompli les formalités extérieures nécessaires à la formation du contrat, n'ont pas eu néanmoins l'intention de s'obliger; c'est ce qui arriverait, si les paroles de la stipulation avaient été prononcées *per jocum* ou *demonstrandi causa* (L. 3, § 2, D., *De oblig. et act.*, 44-7).

Erreur. — L'erreur ne détruit pas toujours le consentement et par conséquent n'annule pas toujours le contrat. Quand l'erreur rend nul le contrat, elle est dite *essentialis*; quand, au contraire, elle reste sans influence sur la validité de l'acte juridique, elle est dite *minus essentialis* ou *concomitans*.

L'erreur est *essentialis*, dans quatre cas principaux : 1° Elle porte sur la nature du contrat; par exemple, Titius, dans l'intention de faire un dépôt, livre une somme d'argent à Seius qui croit la recevoir à titre de prêt; il n'y aura ni dépôt ni prêt. 2° Elle porte sur les modalités du contrat; par exemple, Titius prête purement et simplement une somme à Seius qui l'emprunte à terme ou sous condition ou *vice versa*. 3° Elle porte *in corpore*, c'est-à-dire sur l'identité individuelle de la chose qui doit former l'objet de l'obliga-

tion; par exemple, Titius stipule de Seius l'esclave Stichus, et Seius le promet; mais il avait en vue un autre esclave également appelé Stichus, ou qu'il croyait à tort nommé de ce nom. 4° Elle porte *in persona*, c'est-à-dire sur l'identité individuelle de l'un des contractants; par exemple, dans un contrat consensuel, où l'une des parties peut transmettre à l'autre son consentement au moyen d'un tiers, je vous prends pour un messager qui m'apporte le consentement de Titius, mais vous m'apportez, en réalité, le consentement de Seius; une telle erreur est d'ailleurs inconcevable dans la stipulation qui suppose les deux parties en présence l'une de l'autre. Dans ces quatre cas, si l'on dit que l'erreur supprime le consentement indispensable à la formation du contrat, c'est qu'en effet l'opération attentivement considérée sous tous ses aspects, n'est pas l'œuvre de toutes les volontés (L. 18; L. 32, D., *De rebus creditis*, 12-1; L. 9, D., *De cont. empt.*, 18-1. — *Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, §§ 5, 23).

L'erreur est au contraire *minus essentialis* ou *concomitans* dans les hypothèses suivantes. 1° Elle porte *in materia vel in substantia*, c'est-à-dire sur la composition physique de la chose qui fait l'objet de l'obligation; par exemple, Titius promet un vase d'or qu'il croit de cuivre, ou stipule un vase de cuivre qu'il croit d'or. 2° Elle porte *in qualitate*, c'est-à-dire sur les qualités matérielles ou morales, soit de l'objet de l'obligation, soit de la personne du contractant; par exemple, je stipule un vase d'or que je croyais en or massif, j'achète un esclave que je croyais laborieux, je prends à bail une maison que je croyais bien construite; mais l'événement a déçu ma croyance. 3° Elle porte sur le motif déterminant du contrat; par exemple, je vous promets une somme d'argent pour éteindre une dette dont je me crois tenu envers vous, et cette dette n'existe pas. Dans ces divers cas et plusieurs autres analogues qu'on pourrait indiquer, si l'erreur n'empêche pas la formation du contrat, c'est que les deux volontés, quoique mues par des considérations fausses ou inexactes, se sont effectivement rencontrées et mises d'accord sur l'opération actuelle et sur le résultat immédiat (L. 65, § 2, D., *De cond. indeb.*, 12-6; L. 10, D., *De cont. emp.*, 18-1; L. 22, D., *De verb. oblig.*, 45-1).

Par exception cependant, Ulpien faisait de l'erreur *in substantia rei* une cause de nullité dans la vente, à la double condition que l'erreur fût du côté de l'acheteur, et que la chose achetée ne contînt

aucune portion de la substance dont il la croyait composée tout entière (L. 9, § 2; L. 14, D., *De contr. empt.*, 18-1) (1).

TROISIÈME SECTION.

NULLITÉ QUI TIENT A L'OBJET.

(*Inst.*, L. III, t. XIX.)

L'objet de l'obligation et par suite du contrat, ainsi que nous l'avons indiqué, peut être un *dare*, un *facere* ou un *præstare* (*supra*, p. 3).

D'ailleurs, pour qu'une obligation soit valable, il faut que l'objet ou *res solvenda* remplisse trois conditions : il doit être suffisamment *déterminé*, il doit être juridiquement ou physiquement *possible*, il doit être *personnel* aux parties contractantes; l'étude de cette troisième condition correspond à la théorie des promesses et stipulations pour autrui.

§ I.

Vices de l'objet.

I. — *Détermination de l'objet.* — Il faut d'abord que l'objet, quel qu'il soit, se trouve assez déterminé, pour que l'exécution de l'obligation offre au créancier un avantage pécuniairement appréciable. Il n'est pas certainement nécessaire que l'objet soit individualisé, déterminé *in specie*, car une obligation peut porter sur un genre; mais il faut tout au moins que la détermination soit suffisante pour que, d'une part, le créancier soit assuré de retirer de sa créance une utilité sérieuse et que, d'autre part, le débiteur ne soit pas maître de sa dette, sans quoi il ne serait pas obligé. Aussi sont nulles à ce titre les obligations suivantes : 1° la promesse de livrer quelque chose, *aliquid*, sans dire quoi, parce que l'objet est indéterminé dans sa nature; 2° la promesse de livrer un animal, parce que l'objet, déterminé dans sa nature, est absolument indéterminé dans son espèce; 3° la promesse de livrer du blé, du vin,

(1) La doctrine d'Ulpien devait très vraisemblablement s'appliquer à tous les contrats de bonne foi.

des fruits, etc., parce que l'objet, déterminé dans sa nature et dans son espèce, est absolument indéterminé dans son étendue; 4° la promesse de bâtir une maison sans fixation de lieu, parce que l'objet ne présente aucun élément saisissable d'appréciation (L. 115, D., *De verb. oblig.*, 45-1. — Conf., C. C., art. 1129).

II. — *Possibilité de l'objet.* — Il faut, en outre, que l'objet, quel qu'il soit, se trouve possible; sinon l'obligation est nulle, en ce double sens que le créancier n'obtiendra ni la prestation promise ni une indemnité pécuniaire. *Impossibilium nulla est obligatio*, dit le proverbe; vainement les parties auraient-elles ajouté une clause pénale au contrat pour le cas d'inexécution; la stipulation de la peine serait elle-même frappée de nullité (L. 69, D., *De verb. oblig.*, 45-1; L. 85, D., *De regulis juris*, 50-17. — Conf., C. C., art. 1128, 1227).

Or on distingue deux sortes d'impossibilités : l'impossibilité physique et l'impossibilité juridique.

Impossibilité physique. — L'impossibilité de l'objet est *naturelle* ou *physique*, quand le débiteur promet, soit une chose qui n'existe plus, comme un esclave mort, ou qui ne peut exister, comme un hypocentaure, soit un fait qui est au-dessus de la portée de l'homme, comme de boire toute l'eau du Tibre ou de toucher le ciel du doigt. Toujours faut-il que l'obstacle soit absolument insurmontable; une difficulté d'exécution, même très grande, ne constitue pas l'impossibilité naturelle, et le débiteur n'est pas admis à s'en prévaloir contre son obligation; c'est ainsi que celui qui a promis imprudemment la chose d'autrui se trouve dans l'alternative de la procurer au créancier ou de lui en payer l'estimation. Rien n'empêche d'ailleurs de promettre valablement une *res futura*, comme la récolte de l'année prochaine, l'enfant qui naîtra de l'esclave Aréthuse, etc.; mais alors la stipulation est nécessairement *incerta* (*Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 1. — *Gaius*, III, 97. — L. 35 pr.; L. 75, § 4; L. 137, § 4, D., *De verb. oblig.*, 45-1).

Impossibilité juridique. — L'impossibilité est *juridique* ou *légale*, quand une règle de droit s'oppose à l'accomplissement de la prestation. Les textes citent les cas suivants : 1° une promesse de s'abstenir porte sur un fait légalement obligatoire ou sur une faculté essentielle; ainsi un *judex* s'engage à ne pas juger, une personne s'engage à ne pas se marier; 2° une promesse de faire porte sur un acte illicite et prohibé; ainsi je m'engage à commettre *homicidium*

vel sacrilegium; 3° une promesse de donner porte sur une chose hors du commerce. Or une chose est *extra commercium* absolument, lorsqu'elle ne comporte aucune appropriation privée; telles sont : les personnes libres, les *res sacræ*, *religiosæ*, *sanctæ*, les *res publicæ,* etc. Une chose est *extra commercium* relativement, lorsqu'elle ne comporte pas le droit de propriété d'un individu déterminé; tels sont les fonds provinciaux à l'égard du gouverneur de la province, les esclaves chrétiens à l'égard d'un juif, d'un hérétique ou d'un païen, etc. C'est pour le stipulant ou créancier que la chose doit être dans le commerce; il importe peu qu'elle soit ou non susceptible d'appartenir au promettant ou débiteur; par exemple, le gouverneur de province, qui ne peut stipuler un fonds situé dans son ressort, est admis à le promettre valablement, et devra faire en sorte de le procurer au créancier, sous peine de payer une indemnité pécuniaire (*Gaius*, III, 97. — L. 62, D., *De contr. empt.*, 18-1; — L. 30, C., *De pactis,* 2-3. — *Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, §§ 2, 24).

Conséquences de l'impossibilité de l'objet. — L'obligation portant sur un objet juridiquement, ou physiquement impossible est frappée d'une nullité définitive et absolue. En effet, la stipulation dont l'objet est impossible, nulle dès l'origine, restera toujours nulle, alors même que l'homme libre deviendrait esclave, ou que la *res sacra* deviendrait profane, etc. Le sort d'un tel contrat n'a rien d'éventuel et demeure d'ores et déjà fixé. Ce serait même en vain qu'on le subordonnerait à la disparition de l'obstacle, par exemple dans ces termes : *illum, quum servus esse cœperit, dare spondes? ou locum, quum ex sacro profanus esse cœperit, dare spondes?* La règle générale est que l'apposition d'une condition ne saurait valider un contrat nul par son objet, la prestation promise fût-elle de nature à se trouver possible et licite le lendemain. Par exception, si l'on stipule une chose dont on est actuellement propriétaire, on évite la nullité du contrat en le subordonnant à la condition de la perte de la propriété (L. 34, D., *De verb. oblig.*, 45-1; L. 23, D., *De reg. juris*, 50-17. — *Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 2).

La bonne foi du stipulant, c'est-à-dire son ignorance du vice de l'objet ne valide pas la stipulation; ainsi Titius a stipulé un homme libre qu'il croyait esclave, une *res sacra* qu'il croyait *in commercio;* aucune action ne lui est donnée pour exiger la chose ou son estimation. Mais cette dernière rigueur tient à la nature de droit

strict de la stipulation; aussi verra-t-on qu'elle ne s'applique point dans les contrats *bonæ fidei*, notamment dans la vente où le créancier obtient du moins, en pareille hypothèse, une indemnité pécuniaire à la place de la chose (*Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 2; t. XXIII, *De emptione vendit.*, § 5).

On peut, en outre, supposer que l'objet, possible au moment du contrat, devienne par la suite naturellement ou juridiquement impossible. Les textes offrent alors une distinction très simple. 1° Tantôt l'impossibilité d'exécution s'est produite par le fait actif du débiteur. Dans ce cas, il doit toujours et dans tout contrat indemniser le créancier, ce qui revient à dire que son obligation a persisté; il en est ainsi, par exemple, quand le débiteur d'un esclave l'affranchit. 2° Tantôt l'impossibilité d'exécution s'est produite sans le fait actif du débiteur. Dans ce cas, lorsque la cause qui a supprimé l'objet est fortuite ou de force majeure, l'obligation s'éteint toujours; c'est le résultat qui se produit, par exemple, si je suis tenu de donner un esclave, et qu'il meure ou qu'il soit volé, sans que je sois responsable du *furtum*. Lorsque la cause qui a supprimé l'objet est un fait passif, c'est-à-dire la faute ou la négligence du débiteur, il se trouve libéré quand même dans la stipulation, qui est de droit strict; mais il doit une indemnité dans les contrats de bonne foi, suivant des règles et dans une mesure propre à chacun d'eux; telle est l'hypothèse où le vendeur d'un esclave le laisse mourir, par défaut de soins, avant la tradition (L. 83, § 5; L. 91, pr., § 1; L. 136, § 1, D., *De verb. oblig.*, 45-1).

Supposons enfin que l'exécution, devenue impossible après le contrat, redevienne possible par une nouvelle transformation de l'objet. Malgré quelques dissidences entre les jurisconsultes de l'époque classique, le principe romain paraît bien être que l'obligation ne ressuscite pas et reste définitivement nulle (L. 79, § 3, D., *De legatis* 3°, 32; L. 27, D., *De ademp. vel trans. leg.*, 34-4; L. 98, § 7, D., *De solut. et liber.*, 46-3. — *Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 2).

§ II.

Théorie des promesses et stipulations pour autrui.

Outre les diverses conditions précédemment requises, l'objet doit offrir un dernier caractère moins extérieur et plus délicat. Pour la

validité du contrat, il faut en effet que le promettant s'oblige lui-même et que le stipulant devienne personnellement créancier.

Cette théorie se traduit en pratique par deux règles fort simples en elles-mêmes et que notre Code civil a empruntées au droit romain. 1° Nul ne peut promettre le fait d'autrui, *Nemo alienum factum promittere potest;* 2° nul ne peut stipuler pour autrui, *Nemo alteri stipulari potest* (*Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, §§ 3, 4, 19. — Conf., C. C., art. 1119).

Promesse du fait d'autrui. — On ne peut promettre le fait d'autrui : *Nemo alienum factum promittere potest.* Si donc la dette est mise à la charge d'un tiers, par exemple, si Titius promet à Seius que Mœvius lui donnera quelque chose ou réalisera un fait à son profit, il n'y a pas d'obligation (*Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 3. — L. 38, D., *De verb. oblig.*, 45-1; L. 65, D., *De fidejuss.*, 46-1).

Cette règle ne signifie pas précisément que Mœvius, le tiers dont le fait a été promis, n'est pas obligé; la chose va de soi, et n'est qu'une conséquence de cet axiome de droit et de bon sens que les conventions ne lient que ceux qui y ont figuré : *Est certissimum ex alterius contractu neminem obligari* (L. 3, C., *Ne uxor pro.*, 4-12. — Conf., C. C., art. 1165).

Notre principe a donc une autre signification, il veut dire que le promettant lui-même, Titius, n'est pas obligé dans l'hypothèse; il ne devra rien, même au cas probable où le tiers refusera d'exécuter la prestation promise.

Ce résultat est général et s'applique indistinctement aux contrats de droit strict ou de bonne foi, bien que certains interprètes aient voulu le restreindre aux contrats *stricti juris*. En effet, les textes l'étendent formellement à tous (L. 5, § 1, D., *De const. pecu.*, 13-5; L. 83, D., *De verb. oblig.*, 45-1). De plus, le motif juridique est assez général pour s'appliquer indistinctement à tous les contrats; car si le promettant du fait d'autrui n'est pas obligé, c'est qu'il n'a pas voulu ce qu'il pouvait, c'est-à-dire s'obliger lui-même, et qu'il n'a pas pu ce qu'il voulait, c'est-à-dire obliger un tiers.

Toutefois, il faut reconnaître, et c'est probablement ce qui a fait naître la confusion, qu'en matière de stipulation, un argument spécial vient corroborer cette raison primordiale. Puisque l'obligation doit naître ici non de la simple intention des parties, mais des paroles qu'elles prononcent, il est clair que la *causa civilis* fait ab-

solument défaut de la part du tiers, car on ne peut s'engager *verbis* que par sa propre bouche (L. 38, § 17, D., *De verb. oblig.*, 45-1).

Hypothèses en dehors de la règle. — La règle qu'on ne s'oblige pas en promettant le fait d'autrui, est étrangère à tous les cas où le promettant a réellement l'intention de s'obliger lui-même, le motif de cette règle faisant alors défaut. Cette intention, qui sera plus facilement admise dans les contrats de bonne foi que dans les contrats de droit strict, résultera notamment de l'addition d'une clause pénale ou d'une caution. Elle apparaîtra aussi dans l'hypothèse où le promettant se *porte fort* pour le tiers, *se effecturum, se curaturum ut alius daret*. Elle pourra enfin se trouver dans toute promesse du fait d'autrui qui n'est que l'accessoire d'une promesse qu'on souscrit pour soi-même; tel est le cas où Titius, en s'obligeant envers Seius, ajoute qu'il aura Mœvius pour fidéjusseur. Le trait commun de tous ces exemples, c'est que le promettant veut s'obliger personnellement, en même temps qu'obliger le tiers; il atteint le premier de ces deux résultats, mais le second lui reste inaccessible (L. 14, § 2, D., *De const. pecun.*, 13-5. — *Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, §§ 3, 21. — Conf., C. C., art. 1120).

Exceptions à la règle. — Si les hypothèses précédentes sont étrangères à la sphère d'application du principe, on rencontrera de véritables exceptions dans certaines stipulations prétoriennes dont l'étude viendra à sa place; telles sont la stipulation *de rato* et la stipulation *alium certo dei et certo loco sisti*. Ces promesses pour autrui obligent directement leur auteur, abstraction faite de sa volonté; car le préteur, en les établissant, avait pour objet de perfectionner la procédure, de faciliter l'administration de la justice et de rendre possible la défense des absents (L. 81, pr., D., *De verb. oblig.*, 45-1. — *Inst.*, L. IV, t. XI, *De satisdat.*, pr., § 3).

Stipulation au profit d'autrui. — On ne peut stipuler pour autrui : *Alteri nemo stipulari potest*. Si donc la créance doit naître sur la tête d'un tiers; par exemple, si Titius stipule de Seius une chose ou un fait au profit de Mœvius, il n'y a pas d'obligation (L. 38, § 17, D., *De verb. oblig.*, 45-1. — *Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, §§ 4, 19).

Il ne faut pas entendre par là que Mœvius ne devient pas créancier; on n'exprime point des vérités aussi certaines; il est bien manifeste en effet que Mœvius, étranger au contrat, ne saurait en invoquer les conséquences. La loi nous permet sans doute d'améliorer la

condition d'autrui; mais si je veux procurer un avantage juridique à quelqu'un ce doit être à mes dépens, par exemple en payant sa dette, en m'obligeant à sa place, etc. Mais ce que le droit ne peut me permettre, c'est de gratifier un tiers aux dépens d'un autre, et le bon sens suffit à prohiber un semblable résultat.

Notre principe a donc une application plus utile, il signifie que le stipulant lui-même, Titius, ne devient pas créancier; il n'aura pas d'action pour contraindre le promettant Seius à l'accomplissement de la prestation promise en faveur du tiers (*Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, §§ 4, 19).

Il n'existe à ce sujet aucune différence théorique entre les contrats de droit strict et les contrats de bonne foi. Les Institutes ne parlent expressément que des premiers; mais on trouve les contrats *bonæ fidei* mentionnés en termes formels dans d'autres textes (L. 6, C., *Si quis alteri*, 4-50). Le fondement de la règle est d'ailleurs général; si le stipulant en faveur d'autrui ne peut agir contre le promettant, c'est qu'il manque d'un intérêt personnel à le poursuivre, *ut alius detur nihil interest stipulatoris*, or l'intérêt est la source et la mesure de toutes les actions.

Cas où le stipulant pour autrui devient créancier. — En conséquence, toutes les fois que le stipulant pour autrui est lui-même intéressé personnellement au contrat, le contrat devient efficace à son égard. Or cette condition *sine qua non* de la formation du lien obligatoire se rencontrera plus souvent dans un contrat de bonne foi, et l'application du principe y sera moins fréquente que dans un contrat *stricti juris*. Car il est admis qu'un simple intérêt d'affection peut donner pleine vigueur aux contrats de bonne foi qu'on a faits en faveur d'un tiers : *Placuit prudentioribus affectus rationem in bonæ fidei judiciis habendam*. Encore faut-il que cet intérêt ait été suffisamment clair et visible pour n'avoir pu échapper au promettant. Tel serait, par exemple, le cas où je vendrais un esclave avec la clause qu'il ne serait pas dépaysé, *ne exportaretur*; bien qu'insérée au profit d'un autre que moi, cette clause se trouverait sanctionnée par l'action *venditi*, dont je me prévaudrais utilement contre l'acheteur de l'esclave (L. 54, D., *Mandati*, 17-1; L. 7, D., *De servis export.*, 18-7; L. 71, D., *De evict.*, 21-2).

Dans les contrats de droit strict, au contraire, le stipulant n'est reçu à poursuivre l'exécution de ce qu'il s'est fait promettre pour un tiers, qu'à la condition d'y avoir un intérêt pécuniaire. Dès lors,

le plus simple moyen de valider une telle stipulation, c'est d'y adjoindre une clause pénale, il suffit, en d'autres termes, que le créancier stipule accessoirement une somme d'argent pour le cas où le promettant n'exécuterait pas la prestation principale en faveur du tiers. Le contrat deviendra en outre valable dans tous les cas analogues où le stipulant aura un intérêt personnel et direct à l'exécution de la promesse; les Institutes citent à ce propos trois exemples parmi lesquels figure la *cautio rem salvam fore pupilli* (L. 38, § 21, D., *De verb. oblig.*, 45-1. — *Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 20).

A cette doctrine se rattache l'étude d'une hypothèse classique. Les jurisconsultes ne s'entendaient pas sur le sort de la stipulation ainsi conçue, *spondesne decem mihi et Seio?* Les Sabiniens, sans tenir compte de l'adjonction inutile de Seius, validaient cette stipulation pour le tout et faisait acquérir la créance au stipulant; les Proculiens, plus logiques, l'annulaient à l'égard de Seius et n'attribuaient la créance au stipulant que pour moitié. Justinien confirme dans les Institutes la doctrine proculienne pour le contrat verbal; mais il reproduit au Digeste et semble donc accepter l'opinion sabinienne pour les contrats de bonne foi.

Ces deux solutions n'ont rien de contradictoire, car si les paroles sont la loi stricte de la stipulation, les contrats *bonæ fidei* comportent au contraire une interprétation plus libre de la volonté des parties (*Gaius*, III, 103. — L. 64, D., *De cont. empt.*, 18-1. — *Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 4, *in fine*) (1).

Cas où le tiers devient créancier. — Dans tous ces cas où le stipulant est personnellement intéressé à l'accomplissement de la prestation promise pour autrui, on comprend sans peine qu'une créance lui soit acquise; d'ailleurs il est seul investi de l'action, et la règle *alteri nemo stipulari potest* ne se trouve pas véritablement en jeu. Mais le droit classique a conçu des innovations plus graves. On voit en effet dans plusieurs textes le tiers lui-même devenir créancier par le fait du stipulant; ainsi, quand je prête de l'argent, je peux, au moyen d'un pacte adjoint au *mutuum*, imposer à l'emprunteur la nécessité de restituer entre les mains d'un tiers, cette

(1) Cette solution ne s'appliquerait pas à la stipulation *mihi aut Seio dare spondes*; une telle stipulation serait valable pour le tout, car Seius n'est ici qu'un mandataire constitué pour recevoir paiement de la créance, un *adjectus solutionis gratia* (*Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 4).

clause suffit pour rendre le tiers créancier, même à son insu. De même, quand je remets une chose à une personne à titre de dépôt ou de commodat, je peux valablement convenir que le dépositaire ou commodataire restituera cette chose à un tiers que je désigne (L. 9, § 8, D., *De rebus creditis*, 12-1; L. 126, § 2, D., *De verb. oblig.*, 45-1. — L. 8, C., *Ad exhib.*, 3-42).

On trouve encore plusieurs solutions analogues dans d'autres textes (L. 13, D., *De pign. act.*, 13-7; L. 9, D., *De pactis dot.*, 23-4. — L. 2, C., *Per quas pers.*, 4-27; L. 7, C., *De pactis conventis*, 5-14).

Ces diverses décisions ont pour caractère commun de ne procurer jamais au tiers qu'une action *utilis*, parce qu'elle est donnée en dehors des principes. Elles ne s'expliquent d'ailleurs par aucune raison d'être théorique et générale; la dérogation est fondée, dans ceux de ces textes qui la discutent, sur de vagues considérations d'utilité pratique ou d'équité; aussi notre avis est-il que cette doctrine ne doit pas être généralisée.

Intacte dans la vieille législation romaine, ébranlée comme on vient de le voir au temps des jurisconsultes classiques, la règle *Alteri nemo stipulari potest* n'a jamais régi les personnes *alieni juris*; l'esclave et le fils de famille peuvent acquérir toute sorte de créances au *paterfamilias*, qui n'est pas un tiers pour eux. C'est un point de droit que nous avons déjà établi (*Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 4. — *Voir* t. I, p. 238).

Délimitation des deux règles. — Il faut se garder soigneusement de confondre l'impossibilité de stipuler ou de promettre pour autrui, avec le principe non moins célèbre de la non-représentation par autrui, qui exprime l'impuissance légale où se trouve un mandant, d'acquérir, d'aliéner ou de s'obliger par un mandataire (1). Deux grandes différences séparent ce dernier principe de notre théorie actuelle. D'abord les hypothèses ne sont pas analogues, puisque les stipulations et promesses pour autrui supposent deux contractants qui ne sont unis par aucun lien de mandat ou de gestion d'affaires au tiers qu'il s'agit de rendre créancier ou débiteur. Ensuite les effets ne sont pas les mêmes; la règle de la non-représentation par autrui n'empêche pas la naissance d'une obliga-

(1) La théorie de la non-représentation juridique *per extraneam personam* sera exposée plus loin à propos du mandat.

tion, qui s'arrête seulement sur la tête du mandataire, au lieu d'être acquise ou due par le mandant; mais les stipulations ou promesses pour autrui sont absolument inefficaces entre les contractants tout aussi bien qu'à l'égard du tiers. La preuve qu'il n'y a rien de commun entre ces deux manières, c'est que notre Code civil a rejeté la règle artificielle et purement romaine de la non-représentation par autrui, tout en conservant la règle de bon sens qu'on ne peut stipuler ou promettre pour autrui.

Il faut encore faire une remarque dont l'importance capitale apparaîtra plus tard. Toute partie dans un contrat, qu'elle s'en explique ou non, contracte du même coup pour ses héritiers, et sa créance ou sa dette entrera dans sa succession, si elle n'est acquittée de son vivant (L. 38, § 14, D., *De verb. oblig.*, 45-1. — Conf., C. C., art. 1122).

Mais le contrat dont je limiterais expressément l'effet à mes héritiers, en déclarant que j'y reste étranger moi-même, n'aurait aucune valeur juridique, car mes héritiers ainsi distingués de ma personne seraient pour moi des tiers. Tel est du moins le droit classique; on va voir bientôt que Justinien l'a modifié (*Gaius*, III, 100. — L. 1, C., *Ut actiones*, 4-11).

QUATRIÈME SECTION.

NULLITÉ QUI TIENT A LA *CAUSA CIVILIS*.

Les règles qui vont suivre sont exclusivement applicables au contrat de stipulation, puisqu'elles tiennent à sa forme particulière qui consiste dans une réponse précédée d'une interrogation.

I. — La stipulation étant un contrat verbal, il en résulte d'abord qu'elle est inaccessible aux muets : *Mutum nihil pertinere ad obligationem verborum natura manifestum est.* La même solution a prévalu pour le sourd; la jurisprudence romaine admit en principe que les deux parties devaient, non-seulement parler, mais encore s'entendre réciproquement, *exaudire invicem debent* (*Gaius*, III, 105. — L. 1, §§ 14, 15, D., *De oblig. et action.*, 44-7. — *Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 7) (1).

(1) Rien n'empêche cependant les muets, les sourds et les absents de se faire valablement représenter à la stipulation par un de leurs esclaves qui stipulera ou promettra pour leur compte (L. 1, pr., D., *De verb. oblig.*, 45-1).

II. — Pour la même raison, la stipulation ne peut se former entre personnes qui ne sont pas en présence l'une de l'autre, ***verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est*** (***Paul***, S., L. II, t. VII, § 2. — ***Inst.***, L. III, t. XIX, ***De inut. stip.***, § 12).

III. — Il faut de plus, sous peine de nullité, que la stipulation soit continue, ***continuus actus***; on veut dire par là que la réponse doit suivre de près la demande, sans qu'il s'intercale entre elles un trop long espace de temps; ni surtout un autre acte juridique tout à fait étranger (L. 1, § 1; L. 137, D., ***De verb. oblig.***, 45-1; L. 12, pr., D., ***De duobus reis***, 45-2).

IV. — On exige enfin une parfaite concordance (***congruentia***) entre la demande et la réponse; si la ***promissio*** ne correspond pas exactement avec la ***stipulatio***, le sort du contrat se trouve mis en question. Le défaut de concordance est-il assez grave pour supprimer au fond l'accord des volontés, par exemple, me promettez-vous l'esclave Stichus quand je stipulais de vous l'esclave Pamphile, ou me le promettez-vous sous condition quand je le stipulais purement et simplement? Alors, en vertu d'un principe supérieur aux nécessités de la forme, le contrat est nul faute de consentement, pour le tout et de l'avis de tous (L. 1, § 3; L. 83, § 2, D., ***De verb. oblig.***, 45-1. — ***Inst.***, L. III, t. XIX, ***De inut. stip.***, § 5) (1).

Les opinions sont au contraire partagées, lorsque le défaut de concordance entre la demande et la réponse porte sur un point accessoire, par exemple sur la quantité de l'objet promis. Ainsi, dans l'hypothèse où vous stipulez dix, si l'autre partie ne vous promet que cinq, Gaius annule le contrat pour le tout; Ulpien et Paul le déclarent efficace jusqu'à concurrence de cinq, par la raison que la demande et la réponse ont concordé dans cette mesure; car cinq sont compris dans dix. Justinien, par une contradiction assez inexplicable, donne successivement tort et raison à chacune de ces deux doctrines opposées (***Gaius***, III, 102. — L. 1, § 4; L. 83, § 3, D., ***De verb. oblig.***, 45-1. — ***Inst.***, L. III, t. XIX, ***De inut. stip.***, §§ 5, 18).

(1) Toutefois, les jurisconsultes de l'époque classique introduisirent sur ce point un correctif remarquable; ils décidèrent que la stipulation nulle pour défaut de *congruentia* serait validée si les parties, par un acte ajouté *in continenti*, supprimaient aussitôt toute différence entre la demande et la réponse (L. 1, § 3, D., *De verb. oblig.*, 45-1).

APPENDICE.

PREUVE DE LA STIPULATION.

(*Inst.*, L. III, t. XIX, §§ 12, 17.)

Conformément à un principe général suivi dans toutes les législations, c'est celui qui veut se prévaloir d'une stipulation ou d'un contrat quelconque qui doit en établir l'existence et la régularité (L. 2, D., *De probat.*, 22-3. — *Sic*, C. C., art. 1315).

Cette preuve, ou plutôt cette démonstration peut se faire par tous les moyens possibles, par écrit, par témoins, par l'aveu de l'adversaire, par serment et même par de simples présomptions (L. 4, *De fide instr.*, 22-4; L. 1, § 2, D., *De testibus*, 22-5. — L. 15, C., *De fide instr.*, 4-21).

Mais de tous ces moyens de preuve, le plus usité surtout à l'époque classique était celui qui se tirait des écrits probatoires (*instrumenta, cautiones*).

La simple déclaration écrite *in instrumento, in cautione*, qu'une promesse a été faite, suppose et constate implicitement, jusqu'à démonstration contraire, la parfaite conformité de la demande et de la réponse et la pleine régularité du contrat verbal. Mais, dans le droit classique, la démonstration contraire était toujours recevable au profit du débiteur, contre l'écrit qui alléguait mensongèrement une promesse de sa part; et la preuve contraire pouvait se faire librement même par témoins; il résulte donc de là que le droit romain permettait en principe de combattre une preuve littérale par une preuve testimoniale (L. 134, § 5, D., *De verb. oblig.*, 45-1. — *Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 17. — *Contra*, C. C., art. 1341).

Il y avait là un danger sérieux, Justinien voulut y remédier; dans ce but, il rendit cette preuve presque impossible, en la subordonnant à la condition d'établir, par d'autres écrits ou par des témoins irréprochables, l'*alibi* du débiteur pendant toute la durée du jour désigné comme étant la date de la stipulation. Désormais le créancier trouve dans cette influence de l'écrit un remède contre les vices de forme d'une stipulation irrégulière ; et si l'acte est mensonger, il suffit qu'au jour de sa date le prétendu promettant se soit rencontré

dans le lieu de sa rédaction avec le prétendu créancier pour que l'acte soit inattaquable, tout mensonger qu'il est (*Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 12. — L. 14, C., *De contr. et committ. stip.*, 8-38).

CHAPITRE VI.

ÉLÉMENTS ACCIDENTELS DE LA STIPULATION.

(*Inst.*, L. III, t. XV, XVI, XX.)

Suivant une définition déjà connue, on entend par éléments accidentels de la stipulation ou de tout autre contrat, les clauses et circonstances qui n'y sont pas sous-entendues, et que les parties peuvent ajouter librement. L'étude des modalités ou *causæ obligationum*, comme dit le jurisconsulte Paul, n'est pas spéciale à la stipulation, elle s'applique à tous les contrats (L. 44, pr., D., *De oblig. et act.*, 44-7).

PREMIÈRE SECTION.

MODALITÉS.

(*Inst.*, L. III, t. XV, §§ 2-7.)

Une stipulation peut être pure et simple, conditionnelle ou à terme; *omnis stipulatio aut pure, aut in diem, aut sub conditione fit.* Le terme et la condition, sans être les seules modalités des contrats, sont de beaucoup les plus ordinaires et les plus importantes. Un fragment célèbre d'Ulpien renferme, sous une forme admirablement précise, le germe de leurs principales règles (L. 213, pr., D., *De verb. sign.*, 50-16).

Si la stipulation est pure et simple, l'obligation se trouve immédiatement créée et immédiatement exigible : *ubi quis pure stipulatus fuerit, et cessit et venit dies.* Le jour du contrat n'appartient pas même en entier au promettant, et le stipulant peut réclamer le paiement aussitôt après la stipulation. Mais le droit n'est pas le domaine des chimères; aussi on verra bientôt qu'une promesse, pure et simple en apparence, renferme souvent par la force même

des choses un terme implicite ou virtuel (*Inst.*, L. III, t. XV, *De verb. oblig.*, § 2).

Les principales modalités sont : le terme, la condition et la clause pénale.

§ I.

Terme.

Dans un sens très général, il y a terme, *dies*, lorsque l'exigibilité ou l'extinction d'un rapport de droit est différée jusqu'à l'arrivée d'un événement d'ailleurs inévitable. En matière contractuelle, le terme est le délai qui retarde l'exécution ou la résolution d'un contrat.

Il résulte de cette définition que le terme peut se présenter sous deux aspects fort différents : tantôt il se borne à suspendre l'exécution d'un contrat, c'est le terme suspensif, *dies a quo ;* tantôt, au contraire, il produit l'extinction ou la résolution d'un contrat, c'est le terme extinctif ou résolutoire, *dies ad quem* (L. 44, § 1, D., *De oblig. et act.*, 44-7).

Terme suspensif. — Si la stipulation est faite sous un terme suspensif, l'obligation se trouve immédiatement créée, mais non pas immédiatement exigible : *ubi quis in diem stipulatus fuerit, cessit dies, sed nondum venit.* Autrement dit, le terme suspensif n'affecte ni la naissance ni l'existence de l'obligation, il en retarde seulement l'exigibilité (*Gaius,* III, 124. — L. 46, D., *De verb. oblig.*, 45-1 ; L. 213, D., *De verb. sign.*, 50-16. — *Inst.*, L. III, t. XV, *De verb. oblig.*, § 2. — Conf., C. C., art. 1185).

En principe, le terme est apposé au contrat dans l'intérêt du débiteur; il résulte de là deux conséquences principales : 1° le créancier est tenu d'attendre l'échéance pour agir contre le débiteur, sous peine d'encourir la *plus petitio tempore* dans les actions qui la comportent; or, le dernier jour du terme appartient en entier au débiteur, qui n'est passible de poursuites que le lendemain; c'est la règle connue : *dies termini computatur in termino;* 2° le débiteur peut renoncer au bénéfice du terme, supposé dans son intérêt jusqu'à preuve contraire. Il a donc le droit de payer avant l'échéance, et s'il l'a fait, même par erreur, on lui refuse la *condictio indebiti;* car sa dette existait, quoique inexigible encore (*Inst.*, L. III, t. XV, *De verb. oblig.*, § 1. — *Gaius,* IV, 53 et s.

— L. 10, D., *De cond. ind.*, 12-6; L. 17, D., *De reg. juris*, 50-17. — Conf., C. C., art. 1186, 1187).

Cependant il peut arriver que le terme soit apposé au contrat dans l'intérêt du créancier; deux questions prennent alors naissance : 1° il est tout d'abord incontestable que le débiteur ne peut en ce cas imposer le paiement au créancier avant l'échéance; 2° le créancier peut-il au moins l'exiger? L'affirmative est certaine, quand la créance provient d'un acte entre-vifs, œuvre du créancier lui-même, par exemple, dans le cas du dépôt à terme. La négative est probable, quand la créance provient d'un testament, œuvre d'un tiers qui a voulu reculer l'exigibilité du droit dans l'intérêt du créancier, par exemple, dans le cas d'un legs ou fidéicommis exécutoire à la puberté du bénéficiaire, *in tempus pubertatis* (L. 1, § 22, D., *Depositi*, 16-3; L. 15, D., *De annuis leg.*, 33-1).

Terme exprès ou tacite. — Le terme est ordinairement exprès. Mais il existe virtuellement et sans clause explicite, lorsqu'un contrat, pur et simple en apparence, n'est pas susceptible de recevoir une exécution immédiate. C'est ainsi qu'un terme tacite résulte de l'indication d'un lieu de paiement autre que le lieu de la promesse; il peut aussi dériver de la nature de l'objet dû; il va de soi notamment que toute stipulation d'un *dare* doit laisser au promettant le délai moralement nécessaire pour l'accomplissement de la tradition, de la mancipation ou du mode d'acquérir quelconque dont il veut faire usage. L'appréciation du terme tacite, quand les parties ne s'entendent pas, revient naturellement au juge. Il est même des hypothèses où le délai se trouve tellement essentiel au contrat, que les parties, en le supprimant par une disposition formelle, empêchent la naissance de l'obligation; tel serait le cas où l'on promettrait à Rome de payer immédiatement une somme à Carthage (L. 73; L. 137, § 2, D., *De verb. oblig.*, 45-1. — *Inst.*, L. III, t. XV, *De verb. oblig.*, § 5; t. XIX, *De inut. stip.*, § 7).

Terme certain ou incertain. — Le terme est certain, *dies certus*, lorsque la date de l'échéance est connue d'avance; par exemple, *primis calendis Martiis dare spondes?* Il est incertain, *dies incertus*, lorsqu'on n'en peut déterminer par avance la durée; ainsi *mortuo Titio dare spondes?* Dans les testaments, le terme incertain joue le rôle et produit les effets d'une véritable condition. Mais dans les contrats, tous les principes du terme certain lui demeurent appli-

cables, bien qu'il soit d'un usage beaucoup plus rare en pratique (L. 75, D., *De cond. et dem.*, 35-1).

Les Institutes donnent plusieurs exemples intéressants de terme incertain (*Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, §§ 13, 15, 16).

1° *Post mortem meam* ou *tuam*. Les jurisconsultes classiques annulaient la stipulation qui n'était exigible qu'après la mort du stipulant ou du promettant, parce qu'elle semblait, en se bornant à ouvrir une action aux héritiers ou contre les héritiers, violer la règle très raisonnable qu'une obligation ne saurait commencer dans la personne de nos héritiers, sans avoir au préalable pris naissance sur notre tête; car ils ne seraient plus alors nos représentants et continuateurs, mais seulement des tiers (*Gaius*, III, 100. — *Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 13).

2° *Pridie quam moriar*, ou *quam morieris*. Ces stipulations étaient nulles comme les précédentes et par le même motif; la veille de la mort du contractant, en effet, ne sera connue qu'après sa mort, et ses héritiers pourront seuls exercer ou subir l'obligation (*Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 13).

3° *Quum morieris*, ou *quum moriar*. Inconséquents avec leur principe, dont l'application paraît ici logique et nécessaire encore, les Romains ont toujours validé ces promesses, sous le bizarre prétexte que le moment de la mort fait partie de la vie, et que l'action prend donc naissance sur la tête du contractant lui-même, non de ses héritiers seulement (*Gaius*, II, 232; III, 100. — *Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 15).

4° *Post mortem alterius*. Aucun doute n'a jamais pu s'élever, en thèse générale, sur la parfaite correction de cette modalité (*Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 16).

La nullité des stipulations *post mortem meam* ou *tuam*, *pridie quam moriar* ou *morieris*, se fondait sur une confusion manifeste entre la naissance du droit et son exigibilité. Qu'un droit ne puisse naître en la personne des héritiers, nul ne le conteste; mais qu'une fois né sur la tête du contractant, il ne puisse rester inexigible jusqu'à sa mort, c'est une décision juridiquement inadmissible. Justinien considéra sans doute que toutes les stipulations précitées avaient pour but unique de retarder l'exécution, non la formation de la créance; aussi les valida-t-il sans distinction (L. 1, C., *Ut actiones*, 4-11).

La stipulation du fils de famille et de l'esclave dépend de règles

spéciales. Faite *post mortem alterius*, elle était nulle, si le tiers dont le décès devait la rendre exigible n'était autre que le père ou le maître; car ce dernier était censé stipuler lui-même. La même idée conduisait à décider que le fils de famille et l'esclave stipulaient valablement *post mortem suam*. Justinien étendit d'ailleurs sa nouvelle doctrine à ces cas particuliers (F. V., § 57. — *Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 13).

Mais la situation est bien différente, lorsqu'en promettant ou stipulant pour nous-mêmes, nous exprimons dans le contrat que la dette ou la créance passera sur la tête d'un de nos héritiers, à l'exclusion des autres. Cette question nouvelle se rattache au droit successoral. Créances ou dettes se partagent entre les héritiers dans la mesure de leurs parts héréditaires, nonobstant toutes clauses contraires. Cette règle ne comporte pas de dérogation pour les dettes.

Quant aux créances, une exception est admise dans les stipulations *ad faciendum*; les parties peuvent convenir qu'un seul des héritiers du stipulant sera créancier du fait promis. Du reste, en dehors de cette hypothèse, on trouve dans les testaments la ressource que refusent les contrats; car tel de mes héritiers supportera seul la dette si je lègue aux autres leur libération, ou profitera seul de la créance, si je lui lègue les parts qu'y auront ses cohéritiers (L. 56, § 1; L. 137, § 8, D., *De verb. oblig.*, 45-1).

Terme extinctif ou résolutoire. — La vieille loi romaine, rigoureusement fidèle au principe de la perpétuité des droits de créance, tenait, en règle générale, le terme extinctif ou résolutoire pour non avenu dans les obligations; par exemple, si j'ai stipulé *centum aureos usque ad calendas Januarias*, l'arrivée des calendes de janvier ne libérera pas mon débiteur. Cette règle s'exprimait en disant : *ad tempus deberi non potest*. Le droit prétorien, plus docile à la volonté des parties, consacrait au contraire l'effet du terme extinctif, en permettant au débiteur de repousser par l'exception générale de dol ou par l'exception spéciale de pacte, toute demande intentée après l'échéance (L. 44, § 1, D., *De oblig. et act.*, 44-7).

Dans la pratique, le *dies ad quem* ne s'appliquait guère aux dettes d'une quantité fixe ou d'une valeur déterminée; car il eût été trop facile au créancier de rendre le terme extinctif complètement illusoire en poursuivant le débiteur avant l'échéance. La véritable utilité de ce terme n'apparaît que dans les dettes de prestations périodiques; telle est, par exemple, la stipulation de rente viagère.

Rente viagère par stipulation ou par legs. — Les Institutes citent en effet, comme exemple classique de terme résolutoire appliqué à une obligation portant sur des prestations périodiques, la stipulation de rente viagère : *Decem aureos annuos quoad vivam dare spondes?* Pour en apercevoir nettement la portée, il faut la comparer avec le legs de rente viagère : *Heres meus damnas esto dare Titio decem aureos annuos, quoad Titius vivet* (L. 4; L. 11, D., *De annuis leg.*, 33-1; L. 16, § 1, D., *De verb. oblig.*, 45-1. — *Inst.*, L. III, t. XV, *De verb. oblig.*, § 3).

Les jurisconsultes romains nous signalent trois différences essentielles entre la stipulation de rente viagère et le legs de rente viagère.

1° La stipulation de rente viagère est *une*, le legs de rente viagère est *complexe*. En d'autres termes, les diverses annuités sont dans le premier cas l'objet d'une seule et même créance, dont le paiement se fera par fractions égales, à des dates échelonnées; au contraire, les diverses annuités sont dans le second cas l'objet de plusieurs créances distinctes et successives. Il en résulte que la stipulation de rente viagère engendre une action unique, tandis que le legs engendre autant d'actions que de prestations annuelles (L. 4, D., *De annuis leg.*, 33-1).

2° La stipulation de rente viagère est *incertaine*, le legs est *certain*. En effet, le legs produit autant de créances, c'est-à-dire autant de legs que le légataire vivra d'années, la première de ces créances est pure et simple, tandis que toutes les autres restent subordonnées à la condition que le légataire ne sera pas mort avant leur naissance; mais si le nombre en est inconnu, il n'y a pas de doute sur le montant de chacune, et le légataire agit à chaque échéance par une *condictio certi*, qui laisse intact son droit éventuel aux futures annuités. Bien différent est le cas de la stipulation; comme elle ne produit qu'une seule et même créance applicable à toutes les annuités, la somme des prestations périodiques est actuellement indéterminable; car on ne peut savoir combien d'années vivra le créancier. L'action ouverte au stipulant est donc une *condictio incerti*, et s'il n'a soin d'employer un moyen de procédure qui sera plus tard expliqué sous le nom de *præscriptio*, une seule demande aura pour effet de déduire tout entière en justice et de consommer définitivement sa créance, qui est unique (*Gaius*, IV, 131. — L. 16, § 1, D., *De verb. oblig.*, 45-1).

3° Enfin, la stipulation survit au stipulant, ce qui veut dire qu'elle est *perpétuelle* tandis que le legs prend fin par la mort du légataire, ce qui veut dire qu'il est *temporaire*. C'est que le légataire, en mourant, fait défaillir la condition qui suspendait la naissance de son droit aux annuités futures; ce droit ne saurait donc pour l'avenir ni se former ni se transmettre. Mais la créance déjà née de la stipulation passe aux héritiers du stipulant, d'après la règle civile que l'échéance du terme n'est pas un mode extinctif des obligations : *ad tempus deberi non potest*. Le préteur opposerait seulement l'*exceptio doli* ou *pacti* à l'héritier qui voudrait, armé de ce principe subtil, réclamer le paiement de la rente viagère, après la mort du crédirentier (*Inst.*, L. III, t. XV, *De verb. oblig.*, § 3).

Bref, si la stipulation de rente viagère est *una, incerta, perpetua*, on voit dans le legs de rente viagère *plura legata, certa, non perpetua*. De ces deux théories, celle du legs est la seule raisonnable; celle de la stipulation est doublement vicieuse, puisqu'elle nuit au stipulant par l'incertitude de sa créance, et au promettant par la perpétuité de sa dette. La raison de la différence se trouve dans la nature diverse des deux actes. Une stipulation, contrat de droit strict, ne peut engendrer plusieurs créances différentes, la première pure et simple, les autres conditionnelles; aussi n'en produit-elle qu'une. Un legs, au contraire, s'interprète plus librement; on y recherche avant tout ce qu'a voulu le testateur; *in testamentis, plenius voluntates testantium interpretantur* (L. 12, D., *De reg. juris*, 50-17).

Extension de ces règles. — Les règles de la stipulation de rente viagère doivent naturellement s'étendre, par identité de motifs, à toutes les stipulations affectées d'un terme extinctif incertain; car lorsque les annuités sont appelées à finir par la mort du promettant ou d'un tiers, au lieu de la mort du stipulant, la situation reste exactement la même.

Mais on finit vraisemblablement par appliquer les règles du legs de rente viagère à toutes les créances d'une somme fixe et payable en plusieurs termes, fussent-elles nées d'une stipulation; comme le nombre des annuités était précisé d'avance, on eut le bon sens de reconnaître en ce cas plusieurs obligations distinctes, dont chacune portait sur un *certum* (L. 140, § 1, D., *De verb. oblig.*, 45-1).

Il y a certains contrats de bonne foi, comme la société, le mandat, le louage d'ouvrages, qui finissent par la mort des parties. Mais ce qui disparaît ainsi, ce n est que le contrat; quant aux obligations

qu'il a déjà produites, elles ne peuvent pas plus que les obligations de droit strict s'éteindre par l'arrivée d'un terme; le principe est général, *ad tempus deberi non potest.* Seulement on doit penser que les applications en sont atténuées au besoin *ex bona fide* toutes les fois que l'équité l'exige.

§ II.

Condition.

On désigne techniquement par condition, *conditio*, tout événement futur et incertain dont l'arrivée doit amener la formation ou l'extinction d'un droit et spécialement, en notre matière, d'une obligation contractuelle (Conf., C. C., art. 1168).

Caractères essentiels de la condition. — *La condition doit consister dans un événement futur.* — Il résulte de là que si l'on fait dépendre un acte d'un événement présent ou passé, quoique ignoré des parties, l'acte ne sera pas conditionnel, mais réellement pur et simple; telle est la stipulation : *si Titius consul fuit*, ou *si Mœvius vivit, dare spondes?* En effet il n'y a pas incertitude sur l'existence même du droit, l'incertitude ne règne que dans l'esprit des parties, et le sort de l'opération est fixé d'ores et déjà; ou bien l'obligation a pris naissance, ou bien elle ne se formera jamais. C'est ainsi que s'exprime Justinien sur le compte de ces *conditiones quæ ad præsens vel præteritum referuntur* (*Inst.*, L. III, t. XV, *De verb. oblig.*, § 6. — Conf., C. C., art. 1181).

La condition doit consister dans un événement incertain. — C'est par ce caractère qu'elle se distingue du terme, dont l'échéance est toujours inévitable. Il importe peu d'ailleurs que les causes déterminantes de l'arrivée ou de la non-arrivée du fait existent dès à présent; si le résultat échappe aux prévisions humaines, l'incertitude est suffisante. Par exemple, je m'oblige *si navis ex Asia venerit*, ou si mon *ancilla*, présentement enceinte, met au monde deux jumeaux; dans les deux hypothèses il y a condition, parce que l'une et l'autre présentent une incertitude qu'on ne peut dissiper (L. 28, § 5, D., *De judiciis*, 8-5; L. 38, D., *De rebus. cred.*, 12-1).

Divisions des conditions. — On voit par là que si l'on fait dépendre l'existence d'un droit d'un événement futur mais qui doit infailliblement arriver, l'opération ne devient pas conditionnelle. De

pareilles modalités ne changent rien en effet à la nature pure et simple de l'acte, et c'est abusivement qu'on les classe dans la théorie des conditions, sous le nom de *conditions nécessaires* (L. 18, D., *De cond. indeb.*, 12-16; L. 9, § 1, D., *De novat.*, 46-2).

Conditions impossibles et illicites. — Il est non moins évident que si l'on fait dépendre un droit d'un événement qui ne peut pas arriver, l'opération ne saurait être conditionnelle; car il n'y a aucune incertitude sur le sort de l'acte juridique. Cependant la *condition impossible* joue un rôle important dans les textes, et l'examen en est indispensable.

Est impossible, en général, toute condition contraire à la nature ou aux lois. Contraire à la nature, on la dit *physiquement impossible;* contraire aux lois, on la dit juridiquement impossible, *illicite, immorale*. Qu'une condition soit illicite, quand elle consiste dans un fait prohibé, tel qu'un homicide, un sacrilège ou tout autre délit, chacun le comprend. Mais une règle plus subtile, c'est qu'une condition peut revêtir le même caractère, en imposant ou défendant un acte qui n'a d'ailleurs en lui-même rien d'obligatoire, ni d'interdit; par exemple, sont illicites en ce sens les conditions qui tendent à restreindre ou à gêner le droit de se marier, à imposer le divorce ou le maintien du mariage, etc. (L. 7, § 2; L. 72, § 4, D., *De cond. et dem.*, 35-1; L. 97, § 2, D., *De verb. oblig.*, 45-1. — L. 2, C., *De inut. stip.*, 8-39).

En thèse générale, la condition impossible ou illicite est réputée non écrite dans les testaments, qu'elle laisse purs et simples. Dans les contrats, elle produit ou non la nullité de l'obligation suivant qu'elle est positive ou négative (*Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, §§ 11, 24. — Conf., C. C., art. 900, 1172).

Conditions positives ou négatives. — La condition est positive, lorsqu'elle doit se réaliser par l'accomplissement d'un fait, *si navis ex Asia venerit, si Titius consul fuerit*, etc. Elle est négative, lorsqu'elle doit se réaliser par l'inaccomplissement d'un fait, *si navis ex Asia non venerit, si Titius consul non fuerit*, etc.

Or la condition est-elle physiquement impossible? Positive, elle annule le contrat et l'obligation, faute d'un consentement sérieux; par exemple, *si digito cœlum tetigero, dare spondes?* en pareille hypothèse, l'acte juridique est une œuvre de folie ou de plaisanterie, et comme tel ne saurait avoir effet. Négative, elle se confond avec la condition nécessaire, et laisse le contrat pur et simple; par exem-

ple, *si digito cœlum non attigero, dare spondes?* car en pareille hypothèse, rien ne s'oppose à l'effet immédiat de l'acte (*Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 11).

La condition est-elle illicite? Alors elle peut s'accomplir en fait, et même se trouver licite par la suite; mais il n'importe que l'événement mis *in conditione* soit de nature à devenir légal ultérieurement, et l'on doit toujours l'apprécier d'après le caractère qu'il offre au moment de la promesse. Positive, une telle condition n'annule pas le contrat, lorsque c'est dans la personne du débiteur qu'elle doit accomplir; par exemple, *si homicidium feceris, dare spondes?* car elle n'a d'autre but que d'empêcher l'acte délictueux par la crainte d'une dette, et l'obligation, étant alors conforme aux bonnes mœurs, doit être valable et conditionnelle. En tout autre cas, soit positive dans la personne du créancier, soit négative dans la personne du stipulant ou du promettant, la condition illicite annule le contrat; par exemple, *si homicidium fecero dare spondes? si homicidium non fecero,* ou *non feceris, dare spondes?* car on aperçoit au premier coup d'œil que cette créance, tantôt salaire du délit, tantôt peine ou prix d'une abstention suffisamment prescrite par la morale, aurait toujours une cause honteuse, *turpis causa* (L. 7, § 3, D., *De pactis*, 2-14; L. 137, § 6, D., *De verb. oblig.*, 45-1. — *Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 24).

Conditions expresses ou tacites. — Les conditions se divisent aussi en expresses et tacites. Les conditions tacites se subdivisent elles-mêmes en conditions *juris* et en conditions *facti*. Les *conditiones juris*, c'est-à-dire celles qu'exige la loi pour l'acquisition d'un droit, n'ont de la condition que le nom et restent en dehors de notre théorie; par exemple, le testament qui appelle Titius à l'hérédité de Seius n'en est pas moins pur et simple, bien que subordonné implicitement à la condition indispensable de l'adition d'hérédité. Les *conditiones facti*, c'est-à-dire celles qui, sans être exprimées, résultent suffisamment des circonstances de l'acte, ont l'effet ordinaire des conditions : par exemple, la constitution de dot antérieure au mariage est implicitement subordonnée à l'accomplissement des *nuptiæ*. Les conditions expresses, tout comme le terme explicite, annulent certains actes dont la nature est de répugner aux modalités, notamment la *manumissio censu* et *vindicta*, l'adoption et l'adrogation, l'émancipation, la *mancipatio*, l'*in jure cessio*, l'*expensilatio*, l'*acceptilatio*, l'adition d'hérédité, etc. Ces mêmes actes supportent

au contraire les modalités tacites : *expressa nocent, non expressa non nocent* (L. 77, D., *De regulis juris*, 50-17).

Conditions casuelles, potestatives ou mixtes. — La condition est enfin *casuelle*, lorsqu'elle dépend du hasard ou de la volonté d'un tiers; *si navis ex Asia venerit*, ou *si Titius voluerit*, etc. Elle est *purement potestative*, lorsque sous la forme *si voluerit*, *si voluero* ou toute autre équivalente, elle subordonne l'existence du droit à la simple volonté d'une partie. Elle est *mixte* (on dit aussi *potestative*, mais à tort), lorsqu'elle dépend tout ensemble et du hasard ou de la volonté d'un tiers, et de la volonté d'une partie : par exemple, *si Titia tecum nupta fuerit*, etc. Le seul intérêt pratique de cette distinction, en matière de contrats, c'est que la condition purement potestative de la part du débiteur annule l'obligation; car elle la prive d'un élément essentiel, le *vinculum juris* (L. 17; L. 46, § 3; L. 108, § 1, D., *De verb. oblig.*, 45-1. — Conf., C. C., art. 1169, 1170, 1171, 1174).

Accomplissement des conditions. — Déterminer si la condition se trouve réalisée ou défaillie, est plutôt une question de fait qu'une question de droit; on doit donc la résoudre, dans chaque hypothèse donnée, suivant les termes de la convention ou de la disposition conditionnelle (L. 115, § 2, D., *De verb. oblig.*, 45-1. — Conf., C. C., art. 1174).

Il faut cependant poser quatre règles précises, dont les conséquences ont une grande portée pratique.

1° *Influence du délai fixé.* — S'il a été fixé un délai pour l'accomplissement de la condition, on doit le respecter. Positive, la condition ne peut s'accomplir utilement qu'avant la fin du délai, et toute réalisation ultérieure serait inefficace; négative, la condition s'accomplit par le seul fait que le délai expire avant la survenance de l'événement. Supposons que je vous ai promis cent, sous la condition que vous ferez ou ne ferez pas un voyage dans l'année; au premier cas, vous n'obtiendrez pas la créance en faisant le voyage après l'année; au second cas, vous devenez créancier dès que l'année s'achève sans voyage de votre part.

S'il n'y a pas eu de délai fixé, la condition positive est accomplie utilement en un temps quelconque, et la condition négative, dès la certitude acquise que l'événement ne se réalisera pas (L. 59, § 1, D., *De cond. et dem.*, 35-1; L. 10, D., *De verb. oblig.*, 45-1. — Conf., C. C., art. 1176, 1177).

2° *Époque où la condition peut s'accomplir.* — En principe, la condition peut utilement se réaliser même après la mort des contractants ou de l'un d'eux; ceci veut dire que les créances et les dettes conditionnelles sont ordinairement transmissibles tant au point de vue actif qu'au point de vue passif. Il n'en serait autrement que dans le cas où le contrat serait intervenu *intuitu personæ;* nous avons vu que la règle était différente dans la matière des testaments (*Inst.*, III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 25. — Conf., C. C., art. 1179).

3° *Indivisibilité de la condition.* — La condition est indivisible. Appliquée au créancier, l'indivisibilité signifie que l'accomplissement partiel de la condition ne compte pas, et que le droit ne prend naissance pour aucune partie, jusqu'à la réalisation entière et consommée du fait. Par exemple, j'ai stipulé *si fundum dedero, centum dare spondes?* un de mes héritiers aura beau donner la part qu'il a dans le fonds; il ne pourra pas réclamer une part correspondante des *centum*, tant que ses cohéritiers ne se seront pas exécutés aussi (L. 23, D., *De cond. et dem.*, 35-1).

Appliquée au débiteur, l'indivisibilité signifie que la personne obligée sous une condition qui dépend de sa volonté (sans être purement potestative), doit tout ce qu'elle a promis, bien qu'elle n'ait contrevenu que partiellement à la condition. Ce résultat apparaît clairement dans les stipulations pénales : *si fundum non dederis, centum dare spondes?* Que le promettant laisse plusieurs cohéritiers, et l'inexécution du chef d'un seul d'entre eux fait encourir la peine pour le tout (L. 85, § 6, *De verb. oblig.*, 45-1) (1).

4° *Cas où la condition défaillie est tenue pour accomplie.* — Il peut arriver que la condition défaillie soit légalement tenue pour accomplie. Telle est incontestablement l'hypothèse où l'accomplissement de la condition est frauduleusement empêché par le débiteur intéressé à ce qu'elle ne se réalise pas; mais il faut que cette défaillance soit amenée *injuria*, sans droit; par exemple, le débiteur aurait le droit de faire échouer une condition potestative de sa part. Lorsqu'il s'agit d'une condition de donner ou de faire imposée dans l'intérêt d'un tiers et subordonnée à son concours, il peut en empêcher l'accomplissement par son refus; on la suppose

(1) La règle de l'indivisibilité de la condition se rencontre aussi dans les dispositions testamentaires, mais elle s'y applique d'une manière moins rigoureuse et moins absolue (L. 44, § 9, D., *De cond. et dem.*, 35-1).

alors accomplie en matière testamentaire, mais non dans les contrats de droit strict; peut-être, dans les contrats de bonne foi, la question était-elle subordonnée aux circonstances de fait (L. 50, D., *De cont. emp.*, 18-1; L. 23, D., *De cond. inst.*, 28-7; L. 80, § 1, D., *De cond. et dem.*, 35-1; L. 5, § 5, D., *Quando dies leg.*, 36-2; L. 161, D., *De reg. juris*, 50-17. — Conf., C. C., art. 1178).

Si la condition vient à défaillir par l'effet d'un cas fortuit, on ne la tient pas pour réalisée (L. 31, D., *De cond. et dem.*, 35-1).

Effets des conditions. — La condition suspend et rend par conséquent incertaine, tantôt la formation, tantôt la résolution du droit. Dans le langage romain, il n'y a de véritable condition qu'au premier cas, car un droit éventuellement résoluble est considéré comme pur et simple tant que la condition ne s'est pas accomplie (L. 2, D., *De in diem add.*, 18-2).

Mais, dans le langage moderne, on distingue avec assez de raison la condition suspensive et la condition résolutoire, en se fondant sur la différence des effets produits.

Effets de la condition suspensive. — Quand le contrat est fait sous une condition suspensive, l'obligation ne se trouve actuellement ni exigible ni même créée : *neque cessit, neque venit dies, pendente adhuc conditione* (L. 213, D., *De reg. juris*, 50-17). Il faut donc étudier les résultats de la condition suspensive, à une double époque : 1° avant la réalisation de la condition, *pendente conditione*; 2° après l'arrivée de la condition, *impleta conditione*.

Pendente conditione. — Tant que la condition reste en suspens, *pendente adhuc conditione*, le principe est que le contrat ne produit pas un droit actuel et présent, ni créance ni dette. Ce principe produit plusieurs conséquences pratiques d'une extrême importance.

1° Le paiement fait par erreur *pendente conditione* peut être répété jusqu'à l'accomplissement de la condition (L. 16, pr., D., *De cond. indeb.*, 12-6).

2° Le créancier n'a aucune action contre le débiteur, tant que la condition n'est pas réalisée. On peut même soutenir, en dépit de certaines difficultés de texte, qu'il n'encourt pas la *plus petitio* en poursuivant *pendente conditione*; car il ne saurait déduire efficacement en justice une action qui n'existe pas (L. 13, § 5, D., *De pign. et hypot.*, 20-1; L. 43, § 9, D., *De ædil. edict.*, 21-1. — *Inst.*, L. IV, t. IV, *De action.*, § 33).

3° Le créancier est libre de refuser le paiement jusqu'à l'arrivée

de la condition; il serait, en effet, suivant l'intention du *solvens*, ou donataire de ce qu'il aurait touché, ou débiteur pour le cas d'inaccomplissement, alternative que le débiteur ne peut pas lui imposer.

4° Le contrat conditionnel est non avenu, lorsque la chose qui en fait l'objet périt totalement *pendente conditione*. Les conséquences de cette règle varient avec les contrats; formellement appliquée par les textes à la stipulation, elle rencontre ses plus intéressantes applications dans la théorie de la vente et de la novation (L. 8, D., *De peric. et comm.*, 18-6; L. 14, pr., D., *De novation.*, 46-2. — L. 5, C., *De peric. et comm.*, 4-48).

5° Si le créancier fait défaillir la condition, il n'a pas appauvri son actif, et son intention frauduleuse fût-elle démontrée, il n'a pas donné ouverture à l'action Paulienne en faveur de ses propres créanciers (L. 6, § 1, D., *Quæ in fraudem*, 42-8).

6° L'obligation conditionnelle ne se forme pas, dans le cas où, lors de l'arrivée de la condition, le débiteur ou le créancier éventuel a perdu toute personnalité juridique, sans laisser de successeur (L. 14, § 1, D., *De novationibus*, 46-2).

Mais au principe, ainsi compris et développé, on avait apporté des correctifs, surtout en matière de contrats. Il existe en effet au profit du créancier sous condition, un droit éventuel, *spes debitum iri*, dont les effets ne laissent pas que d'être considérables (*Inst.*, L. III, t. XV, *De verb. oblig.*, § 4, *in fine*).

1° Les créances et dettes conditionnelles d'un défunt entrent dans l'évaluation de l'actif ou du passif de son patrimoine, pour le calcul des différentes quartes : Falcidie, légitime, Antonine et Pégasienne (L. 73, § 1, D., *Ad legem Falcid.*, 35-2).

2° Le créancier peut, *pendente conditione*, prendre des mesures conservatoires, notamment demander la *bonorum separatio* et critiquer les affranchissements faits en fraude de ses droits par le débiteur; il peut aussi demander une *missio in possessionem rei servandæ causa* (L. 27, pr., D., *Qui et a quibus*, 40-9; L. 6, pr., D., *Quibus ex causis*, 42-4; L. 4, D., *De separ.*, 42-6. — Conf., C. C., art. 1180) (1).

3° La dette conditionnelle est valablement garantie par une sûreté personnelle ou réelle, comme une fidéjussion, un gage ou une hy-

(1) Mais un créancier conditionnel n'aurait pas le droit de demander une *missio in possessionem* définitive, *vendendæ rei causa* (L. 14, § 2, D., *Quibus ex causis*, 42-4).

pothèque; il va de soi d'ailleurs que la sûreté dépend virtuellement de la même condition que la dette (L. 11, § 1, D., *Qui potiores*, 20-4).

4° L'acquisition d'un droit conditionnel exige dès à présent chez les parties la capacité réciproque de contracter (F. V., § 55).

5° Enfin, les droits conditionnels, au moins dans les contrats, sont transmissibles activement et passivement aux héritiers des parties (*Inst.*, L. III, t. XV, *De verb. oblig.*, § 4).

Il résulte de cette seconde série de conséquences que le droit conditionnel est plus qu'une simple espérance de droit (*spes debitum iri*); on y doit voir un véritable droit *sui generis*, indépendant de la volonté du débiteur. Seulement il n'est qu'éventuel : une chance de mort le domine et peut le tuer dans son germe. De là ce dualisme de règles.

La défaillance de la condition fait disparaître toutes les facultés provisoirement accordées au créancier, et met définitivement obstacle à la naissance de l'obligation.

Impleta conditione. — La condition accomplie, *impleta conditio*, produit des effets très importants. D'abord et pour l'avenir, elle rend le contrat pur et simple, *contractus committitur;* les actions peuvent en être exercées, et le paiement déjà fait, même par erreur, échappe à la *condictio indebiti.*

La condition réalisée a même une force rétroactive, qui attache après coup au contrat conditionnel certains effets remarquables pour le passé. Cette rétroactivité n'existe pas dans les dispositions testamentaires sous condition et, c'est là une nouvelle et profonde différence entre la théorie des contrats et la théorie des testaments. Il en découle de graves conséquences :

1° Si le créancier conditionnel est *alieni juris* en contractant, et que *pendente conditione* il change de père ou de maître, ou devienne *sui juris*, c'est néanmoins à la personne qui l'avait dans sa puissance au moment du contrat, que la créance est acquise après l'accomplissement de la condition (L. 78, pr., *De verb. oblig.*, 45-1 ; L. 18, D., *De reg. juris*, 50-17).

2° En supposant deux hypothèques successivement constituées, la première en garantie d'une dette conditionnelle, la seconde en garantie d'une dette pure et simple, c'est la première qui aura la préférence, une fois la condition accomplie (L. 11, § 1, D., *Qui potiores in pig.*, 20-4).

3° La perte partielle ou la détérioration d'une chose due *pendente conditione* n'empêche nullement la naissance de l'obligation lors de l'accomplissement; car la rétroactivité fait considérer le contrat comme ayant toujours été pur et simple (L. 8, D., *De peric. et comm.*, 18-6).

4° La responsabilité du débiteur remonte au jour du contrat, et les actes qu'il a faits *pendente conditione* peuvent donner lieu à l'action Paulienne (L. 27, D., *Qui et a quibus*, 40-9).

5° L'acceptilation appliquée à la dette conditionnelle demeure provisoirement sans effet, mais elle éteint le droit à l'instant même de sa formation définitive *impleta conditione;* or il est de principe qu'une acceptilation antérieure à l'existence de l'obligation ne libère pas l'obligé (L. 12; L. 13, § 9, D., *De accept.*, 46-4) (1).

Effets de la condition résolutoire. — Lorsque la condition est résolutoire, il peut en dépendre, suivant les cas, ou la résolution du contrat tout entier, ou seulement l'extinction d'une obligation qu'il a produite.

Résolution du contrat. — Quant au contrat lui-même, le soumettre à la chance d'une résolution conditionnelle, c'est tout simplement en préparer la dissolution éventuelle par le mutuel consentement. Dès lors, ne sont valablement affectés d'une condition résolutoire que les contrats susceptibles de se dissoudre *mutuo dissensu*, c'est-à-dire les contrats consensuels, la vente, le louage, la société, le mandat; nous aurons à étudier cette résolution du contrat quand viendra la théorie de l'extinction des obligations.

Résolution de l'obligation. — Mais à l'égard de l'obligation, la condition résolutoire est traitée comme le terme extinctif. En effet, ces deux modalités se ressemblent en ce qu'elles doivent amener la cessation d'une dette déjà formée; il n'y a d'autre différence entre elles que la certitude de l'échéance pour le terme, et l'incertitude de l'événement pour la condition. Par conséquent, le droit civil annule la condition résolutoire comme le terme extinctif; si donc Titius a stipulé cent de Seius, *nisi navis ex Asia venerit*, l'obligation est pure et simple, et le créancier peut poursuivre le débiteur malgré l'arrivée du navire. Cependant le préteur, fidèle à ses principes d'équité, sacrifie encore la subtile rigueur du droit aux volon-

(1) L'acceptilation ne pourrait pas au contraire s'appliquer à la dette d'un héritier tenu de payer un legs conditionnel, car ici la condition ne rétroagit pas (L. 13, § 8, D., *De accept.*, 46-4).

tés si claires des contractants et paralyse la demande, au moyen de l'exception de dol ou de pacte. Cela revient à dire que la condition résolutoire éteint l'obligation non pas *ipso jure* mais *exceptionis ope* (L. 44, § 1, D., *De oblig. et act.*, 44-7).

Il faut même prévoir l'hypothèse où le paiement aura précédé l'événement de la condition; dans ce cas, le débiteur sera vraisemblablement admis à réclamer par une *condictio sine causa*, c'est-à-dire en alléguant la disparition de la cause de sa dette, et sauf une intention contraire des parties (L. 1, § 2, D., *De cond. sine causa*, 12-7; L. 4, § 1, D., *De lege comm.*, 18-3) (1).

Si la condition résolutoire vient à défaillir, le sort du contrat et par suite des obligations qui en naissent est définitivement assuré.

§ III.

Stipulatio pœnæ.

La *stipulatio pœnæ*, improprement qualifiée de clause pénale, n'est au fond qu'une espèce de stipulation conditionnelle. Les Institutes s'en occupent à propos des obligations portant sur un *facere* ou sur un *non facere*; mais elle peut s'adjoindre indistinctement à toute obligation qui a pour objet, soit un fait ou une abstention, soit la *datio* d'une chose ou d'une quantité autre qu'une *certa pecunia* ou somme d'argent déterminée (L. 11, D., *De stip. prætor.*, 46-5. — *Inst.*, L. III, t. XV, *De verb. oblig.*, § 7. — Conf., C. C., art. 1226-1233).

La *stipulatio pœnæ* apparaît dans les textes sous deux aspects bien différents, tantôt sous forme de convention conditionnelle, tantôt sous forme de convention accessoire (L. 115, § 2, D., *De verb. oblig.*, 45-1).

1° *Si Stichum non dederis, centum dare spondes?* Ici la somme promise constitue bien une *pœna*, c'est-à-dire un moyen de contrainte; mais le débiteur ne doit pas l'esclave, il ne doit que la somme, sous la condition qu'il ne donnera pas Stichus. Libre à lui d'empêcher la formation de sa dette en livrant l'esclave, ou de faire accomplir la condition en ne le livrant pas. Bref, il n'y a rien

(1) L'étude de l'effet produit par la condition résolutoire sur la translation de propriété opérée en exécution du contrat résolu viendra à propos de la vente.

de plus qu'une obligation conditionnelle, et les principes nous en sont connus (L. 85, § 6, D., *De verb. oblig.*, 45-1).

2° *Stichum dari spondes? si Stichum non dederis, centum dari spondes?* On trouve ici deux dettes, l'une pure et simple et principale qui a pour objet l'esclave, l'autre conditionnelle et accessoire qui a pour objet cent; la violation de la première est la condition de la seconde, et la somme promise reçoit le nom de *pœna* plus justement encore qu'en l'hypothèse précédente. C'est à cette dernière forme de la *stipulatio pœnæ* que se référeront nos explications.

Nature de la stipulatio pœnæ. — La *stipulatio pœnæ* est ordinairement qualifiée de convention accessoire. Cette dénomination paraît exacte, en ce sens que la stipulation pénale n'engendre un droit exigible qu'après l'inaccomplissement de l'obligation qui la précède et qu'elle sanctionne. Mais faut-il aller au delà? toute cause de nullité de la première obligation détruit-elle du même coup la stipulation pénale? On sait déjà le contraire; la promesse du fait d'autrui, ou la stipulation en faveur d'autrui, toute nulle qu'elle est, se trouve valablement accompagnée d'une *stipulatio pœnæ*; celle-ci reste donc bien distincte de celle-là, puisqu'elle n'en a pas besoin pour subsister. A la vérité, si la première obligation porte sur un objet impossible ou illicite, la stipulation pénale tombera; c'est que l'inexécution de la première obligation ne peut constituer alors qu'une condition illicite ou impossible, et qu'une telle condition annule tout, suivant des règles déjà posées. Encore même la peine sera-t-elle due, quand l'impossibilité de la dette principale ne proviendra pas de la loi et n'aura pas été ignorée des parties (L. 69; L. 134, D., *De verb. oblig.*, 45-1. — *Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 19, *in fine*. — Conf., C. C., art. 1121, 1227).

Une nouvelle preuve que la stipulation pénale est juridiquement indépendante de l'autre dette apparaît dans les faits qui la rendent exigible. Car de deux choses l'une : si la première obligation est à terme, la peine se trouve encourue, *pœna committitur*, par la seule échéance du terme; s'il n'y a pas de terme, la peine se trouve encourue, dans l'opinion dominante, du moment où l'exécution de la dette devient possible. Dans l'une et l'autre hypothèse, c'est l'inexécution que punit la *pœna*. Or on n'examine pas si le défaut d'accomplissement provient de la faute du débiteur ou d'un événement plus fort que sa volonté; par exemple, lorsque l'objet qu'il devrait *sub pœna* est enlevé par un tiers ou détruit par un cas fortuit;

la peine devient exigible quand même. Il est pourtant manifeste que le cas fortuit ou la force majeure avait détruit la première obligation, ***interitu rei debitæ liberatur debitor***; si la ***stipulatio pœnæ*** lui survit, elle était donc principale aussi bien qu'elle (L. 22, D., ***Ad leg. Aquil.***, 9-2; L. 115, § 2, D., *De verb. oblig.*, 45-1. — L. 12, C., ***De cond. stip.***, 8-38).

En résumé, la stipulation pénale tient à la dette qu'elle sanctionne par le même lien qui rattache une obligation conditionnelle à la condition suspensive qui l'affecte; c'est uniquement en ce sens qu'elle peut être qualifiée d'obligation accessoire.

Utilité et effets de la stipulatio pœnæ. — Les dettes qu'accompagne la stipulation pénale ne sont jamais d'une somme déterminée. Par conséquent, si le débiteur n'exécutait pas la prestation par lui due, le juge aurait pour mission d'estimer pécuniairement l'intérêt qu'avait le créancier à l'accomplissement de l'obligation; or, ce serait au demandeur à établir l'existence et le montant de cet intérêt. De là l'utilité de la ***stipulatio pœnæ***, qui fixant à l'avance, presque toujours en argent, l'indemnité due pour le cas d'inexécution, dispense le créancier de cette double preuve; le juge n'a plus dès lors qu'à vérifier, en fait, la validité de cette stipulation et l'accomplissement de la condition qui la suspendait. A ce point de vue, on a pu dire que la *pœna* remplissait la fonction de dommages-intérêts; mais elle s'en distingue nettement en ce qu'elle peut survivre à la première dette éteinte ou nulle (*Inst.*, L. III, t. XV, *De verb. oblig.*, § 7) (1).

Du cumul ou de l'option. — Une fois l'inexécution constatée, le créancier a-t-il droit au cumul des deux obligations, en d'autres termes, peut-il exiger à la fois le principal et la *pœna?* La règle générale repousse cette prétention; mais le créancier est admis à prouver que le cumul se trouve conforme à l'intention des contractants. Cette preuve résultera des clauses du contrat ou de toutes autres circonstances. Il en est ainsi, quand la peine a été stipulée pour indemnité du retard et pour compensation des ennuis de la poursuite; il en est encore ainsi quand la ***stipulatio pœnæ*** se rattache à une obligation portant sur un ***non facere***. De même, si la dette principale a pour objet une somme d'argent indéterminée, la *pœna*

(1) La ***stipulatio pœnæ*** peut également servir à rendre efficaces les simples pactes qui, par eux-mêmes, ne peuvent engendrer ni action ni moyen de contrainte (*Paul*, S., L. II, t. XXII, § 2).

ne représente au fond que les intérêts moratoires; et, comme le maximum en est fixé par la loi, la peine sera toujours inférieure au principal; aussi le cumul est-il autorisé en ce cas (L. 16, D., *De transact.*, 2-15; L. 40, D., *De rebus creditis*, 12-1; L. 115, § 2, D., *De verb. oblig.*, 45-1. — Conf., C. C., art. 1229, 2047).

A défaut de cumul, le créancier a-t-il au moins le choix entre le principal et la peine? On a prétendu que le créancier avait en principe le droit d'option; mais cette assertion est démentie par les textes qui font une distinction. Lorsque la *stipulatio pœnæ* garantit un contrat de droit strict, l'inexécution entraîne pour ainsi dire une sorte de novation, et la peine seule est due, *sola pecunia debetur* (L. 115, § 2, D., *De verb. oblig.*, 45-1; L. 44, § 6, D., *De oblig. et act.*, 44-7).

Quand la *stipulatio pœnæ* garantit un contrat de bonne foi, le créancier non satisfait peut à son gré demander le paiement du principal au moyen de l'action *bonæ fidei*, ou de la peine au moyen de la *condictio certi*; et même, s'il a mal à propos intenté la moins avantageuse des deux actions, on lui ouvre encore l'autre pour ce qu'elle doit lui procurer de plus (L. 41; L. 42; L. 71, D., *Pro socio*, 17-2; L. 28, D., *De act. empti*, 19-1. — Conf., C. C., art. 1228).

Divisibilité de la stipulation pénale. — Du reste, la stipulation pénale ne rend pas indivisible l'obligation à laquelle elle se rattache; ce principe veut dire que si l'une des parties meurt en laissant plusieurs héritiers, la créance ou la dette n'est transmise à chacun d'eux que pour sa part. Seulement l'inexécution envers un des héritiers du créancier, ou par un des héritiers du débiteur, ferait encourir toute la peine, suivant la règle précédemment expliquée de l'indivisibilité des conditions (L. 25, § 13, D., *Famil. ercisc.*, 10-2; L. 3, D., *De verb. oblig.*, 45-1).

D'ailleurs, la stipulation pénale elle-même n'est pas indivisible. En effet, bien que l'inexécution de la dette envers un des créanciers ou par un des débiteurs, produise l'exigibilité de la *pœna* pour tous et contre tous, chaque créancier n'en peut réclamer et chaque débiteur n'en doit payer que sa part. Le droit à la totalité de la peine, ouvert par le fait d'un seul, se divise activement et passivement *pro parte cujusque* (L. 4, D., *De verb. oblig.*, 45-1. — Conf., C. C., art. 1233).

DEUXIÈME SECTION.

CONCOURS DE PLUSIEURS PARTIES PRINCIPALES, CORRÉALITÉ, SOLIDARITÉ.

(*Inst.*, L. III, t. XVI.)

Il arrive souvent qu'une obligation réunit plusieurs sujets actifs ou passifs. A défaut d'une déclaration de volonté qui précise alors la situation de chaque partie, trois hypothèses sont à prévoir : 1° ordinairement, s'il s'agit d'un contrat, la créance ou la dette se fractionne par portions égales entre les divers créanciers ou les divers débiteurs, l'obligation est alors *conjointe*; 2° parfois, s'il s'agit d'un délit produisant une action pénale bilatérale, chacun des codélinquants supportera toutes les conséquences de sa culpabilité, et la dette sera payée en entier autant de fois qu'il y a de débiteurs; c'est notamment ce qui arrive en cas de *furtum*; 3° entre ces deux cas extrêmes, se place une hypothèse intermédiaire. Il est possible que chaque créancier ait le droit de se faire payer toute la dette ou que chaque débiteur soit obligé de la payer en totalité, mais que le paiement ainsi effectué, la dette soit éteinte d'une manière absolue, tant à l'égard des autres créanciers qu'à l'égard des autres débiteurs.

Dans ce troisième cas, on voit que l'obligation, multiple par les sujets, est une par l'objet. Elle tend donc à l'objet *in solidum*, c'est-à-dire tout entier; elle est en même temps constituée *correaliter*, c'est-à-dire par l'adjonction de plusieurs parties, *rei*, liées entre elles par la même créance, *correi stipulandi*, ou par la même dette, *correi promittendi*. De là les deux noms modernes d'obligation corréale ou solidaire; mais ces deux expressions ne sont pas synonymes, elles s'appliquent à deux hypothèses complètement distinctes. Notre Code civil connaît également des obligations solidaires; mais la solidarité du droit français n'a presque rien de commun avec la corréalité du droit romain (Conf., C. C., art. 1197-1217).

§ I.

Sources des obligations corréales ou solidaires.

La corréalité ou la solidarité est une exception, ce qui veut dire qu'elle ne se présume pas; d'ailleurs, il ne faut pas conclure de là qu'elle doive nécessairement faire l'objet d'une constitution expresse, mais seulement qu'elle exige une volonté certaine des parties ou une disposition formelle de la loi (L. 172, § 1, D., *De regulis juris*, 50-17. — *Sic*, C. C., art. 1202).

Actes à formes solennelles. — La source la plus ancienne des obligations corréales ou solidaires fut dans certains actes à formes solennelles, la stipulation, le contrat *litteris* et le testament.

Stipulation. — La stipulation prêta la première son mécanisme commode à ce genre d'opérations; les Institutes et le Digeste ne s'occupent même de corréalité qu'à propos du contrat *verbis*. Veut-on créer la corréalité active, c'est-à-dire entre créanciers? ils interrogent l'un après l'autre le promettant, qui leur répond à tous en une seule fois, *post omnium interrogationem*; il y a d'abord autant de questions que de stipulants, ensuite une réponse unique. Veut-on créer la corréalité passive, c'est-à-dire entre codébiteurs? le créancier les interroge, ou chacun isolément, *spondes*, ou tous ensemble, *spondetis*; une fois questionnés jusqu'au dernier, ils répondent, ou chacun isolément, *spondeo*, ou tous ensemble, *spondemus*; l'essentiel est que le stipulant ait interrogé tous les promettants avant de recevoir aucune réponse. Ces règles sont impératives, et proscrivent toute autre manière de créer la corréalité par la stipulation (L. 3; L. 4, D., *De duobus reis*, 45-2. — *Inst.*, L. III, t. XVI, *De duobus reis*, pr.).

Contrat litteris. — Si la stipulation fut la plus antique et resta la plus usuelle des manières de créer les obligations corréales ou solidaires, on ne tarda pas à faire également usage de deux autres moyens fondés, comme le précédent, sur la toute-puissance d'une formule. L'*expensilatio* ou contrat *litteris* devint, surtout à l'égard des *argentarii* ou banquiers, un procédé facile pour atteindre le même résultat (L. 9, D., *De pactis*, 2-14) (1).

(1) Bien que la loi 9, D., *De pactis*, ne parle que des *argentarii*, il est certain néanmoins que sa décision doit être généralisée.

Testament. — Un testateur put également imposer un legs à plusieurs cohéritiers ou le laisser à plusieurs colégataires, considérés comme débiteurs ou créanciers corréaux (L. 8, § 1, D., *De legatis*, 1°, 30; L. 16, D., *De legatis*, 2°, 31).

Contrats en général. — Ces actes à formes solennelles eurent seuls à l'origine la force de produire la corréalité ou la solidarité; tout au moins doit-on le supposer. Plus tard, la jurisprudence admit la validité des pactes adjoints *in continenti* aux contrats de bonne foi et même par la suite aux contrats de droit strict; dès lors tous les contrats reçurent valablement les clauses destinées à rendre l'obligation corréale ou solidaire (L. 9, D., *De duobus reis*, 45-2).

On alla jusqu'à reconnaître la même énergie aux conventions simplement prétoriennes, telles que le pacte de constitut. Le principe de la dernière époque est donc que toute obligation née du consentement peut être corréale ou solidaire (L. 16, D., *De pecun. const.*, 13-5. — L. 5; L. 9; L. 12, C., *Si certum petatur*, 4-2).

Autres sources diverses. — En dehors de cette sphère, on rencontre encore des codébiteurs tenus à cause d'un fait licite non conventionnel; tels sont les cotuteurs obligés envers un même pupille, ou les magistrats municipaux qui ont la gestion des finances d'une même cité. Pareillement, un fait illicite commis par plusieurs personnes tenues d'une action pénale unilatérale peut engendrer aussi une obligation solidaire; telles sont les actions *quod metus causa*, *de dejectis* et *effusis*, etc. Mais de ces deux classes d'hypothèses, c'est-à-dire des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits, il ne peut naître que la solidarité, jamais la corréalité (L. 18, § 1, D., *De adm. et per.*, 26-7; L. 11, D., *Ad munic.*, 50-1; L. 14, § 15; L. 15, D., *Quod metus causa*, 4-2; L. 3; L. 4, D., *De his qui eff.*, 9-3) (1).

Caractères communs des obligations corréales ou solidaires. — Si les divers cas de corréalité ou de solidarité ne sont pas sur la même ligne à tous les points de vue, un principe du moins leur est uniformément applicable. C'est que toute obligation corréale ou solidaire implique unité d'objet et pluralité de liens (*Inst.*, L. III, t. XVI, *De duob. reis*, § 1).

Unité d'objet. — Il y a unité d'objet, *una res vertitur;* autrement dit, chacune des créances ou chacune des dettes porte sur la même

(1) Quant aux actions pénales bilatérales, telles que l'action *furti*, elles entraînent autant de paiements qu'il y a de débiteurs. Elles sont donc étrangères à la théorie de la corréalité.

prestation. En ce sens, on peut dire qu'en dépit du nombre des parties, il n'existe qu'une seule obligation. Ce point de départ amène à conclure que la prestation due à chaque créancier ou par chaque promettant doit être, non-seulement identique, mais de plus exactement égale aux autres , sous peine de supprimer la corréalité ou la solidarité. Par exemple, Titius et Seius ne sauraient stipuler *correaliter* l'usufruit viager du même fonds, parce que l'inégale durée de leurs vies imprimera nécessairement une valeur inégale aux deux usufruits; de même, Titius et Seius ne sauraient devoir *correaliter* l'esclave Stichus, lorsque le contrat déclare l'un responsable de sa faute, et l'autre seulement de son dol (L. 9, § 1; L. 15, D., *De duobus reis*, 45-2).

Pluralité de liens. — A l'inverse, la solidarité ou corréalité implique pluralité de liens obligatoires, *promittentes singuli in solidum tenentur*; cette règle veut dire qu'il y a en réalité autant d'obligations distinctes et indépendantes qu'il y a de sujets actifs ou passifs.

Toutes ces obligations sont principales, aucune d'entre elles n'est accessoire, puisqu'un seul et même acte les a produites. En conséquence, ces obligations restent indépendantes les unes des autres dans leur formation. Ainsi, l'un des stipulants n'obtient pas de réponse, ou l'un des débiteurs interrogé se tait, ou sa promesse demeure nulle, comme émanée d'un incapable; l'obligation n'en sera pas moins corréale ou solidaire à l'égard de ceux qui auront valablement fait ou reçu la réponse. Par une application frappante de la même idée, les créances ou les dettes de ce genre peuvent être, les unes pures et simples, les autres à terme ou sous condition; la modalité qui retarde l'exigibilité ou la naissance des unes n'empêche pas l'exercice immédiat des autres. De même, les obligations corréales ou solidaires peuvent différer entre elles au point de vue des garanties qui en assurent le paiement; ainsi quelques-uns des coobligés peuvent fournir des garanties spéciales, fidéjusseurs, gage ou hypothèque, sans que les autres soient tenus de fournir des sûretés pareilles (L. 6, § 1; L. 7; L. 9, § 2; L. 12, § 1, D., *De duobus reis*, 45-2. — *Inst.*, L. III, t. XVI, *De duobus reis*, § 2. — Conf., C. C., art. 1201).

§ II.

Effets de la corréalité active.

Il y a corréalité active lorsqu'une seule et même chose est due à plusieurs créanciers, mais avec cette circonstance que chacun d'eux peut demander la totalité de la dette et que le paiement ainsi effectué à l'un d'entre eux libère le débiteur à l'égard des autres. A ce point de vue, la loi romaine ne distingue pas la corréalité de la solidarité; l'une et l'autre de ces expressions présentent ici le même sens, conforme dans tous les cas au type de l'obligation corréale. Il ne doit donc être question, au point de vue actif, que de la corréalité proprement dite.

Cette similitude de règles entre la corréalité active et la solidarité tient à deux raisons. D'abord, à Rome comme chez nous, l'obligation *in solidum* se rencontre plus souvent entre débiteurs qu'entre créanciers. Car entre débiteurs elle assure et facilite à l'ayant-droit le recouvrement de ce qui lui est dû, tandis qu'entre créanciers elle constitue une sorte de mandat incommode par ses effets et par son irrévocabilité. Aussi la théorie de l'obligation *in solidum* fut-elle plus soigneusement élaborée au point de vue passif, et marquée de nuances plus délicates. En outre, l'application des règles absolues de la corréalité paraissait moins choquante à l'égard des créanciers, et n'appelait pas nécessairement une doctrine moins rigoureuse.

Du reste, les parties restent libres de modifier conventionnellement certains effets de la corréalité active.

Rapports des créanciers corréaux avec le débiteur. — Les rapports des *correi stipulandi* avec le débiteur se déduisent, pour la plupart, de l'idée générale qu'il y a unité d'objet et pluralité de liens. On peut les ramener à trois propositions fécondes en résultats :

Première proposition. — Chacun des créanciers est réputé seul maître de la créance à l'effet de l'exercer et de la réaliser. Ce point de départ, discuté peut-être dans le vieux droit, mais accepté sans difficulté dès le temps classique, aboutit aux conséquences suivantes :

1° Le paiement fait à l'un des créanciers corréaux éteint la créance des autres, tout aussi bien que si chacun d'eux avait reçu

sa part de la chose due (*Inst.*, L. III, t. XVI, *De duobus reis*, § 1).

Sont traités comme le paiement tous les modes d'extinction qu'on lui assimile d'habitude : la dation en paiement, l'acceptilation, le serment, les offres réelles avec consignation, le pacte de constitut, et même, dans l'opinion qui a dû prévaloir, la novation (L. 27, pr., *De pactis*, 2-14; L. 2, D., *De duobus reis*, 45-2; L. 28, D., *De jurejurando*, 12-2; L. 10, D., *De pecun. const.*, 13-5; L. 31, § 1, D., *De novation.*, 46-2).

2° La *litis contestatio*, intervenue sur la demande que forme en justice l'un des créanciers corréaux, fait disparaître la créance des autres. Car il est de principe qu'elle ferme la voie judiciaire à toute action nouvelle basée sur le même motif, *bis de eadem re in judicio agi non potest*; d'un autre côté, comme elle remplace par un droit nouveau le droit désormais épuisé, ce ne saurait être qu'au profit du demandeur, non des tiers étrangers à la poursuite. Justinien lui-même n'a point effacé cet effet extinctif de la *litis contestatio*, dans son application à la corréalité active, et l'on ne doit pas l'en blâmer. Puisque chaque créancier peut recevoir le paiement total, il est à la fois naturel et équitable que la poursuite assure au poursuivant le même avantage exclusif; autrement il se trouverait à la merci du débiteur. On comprend aisément, du reste, que le débiteur, une fois actionné par l'un des créanciers, se considère comme dégagé vis-à-vis des autres; aussi la même règle est-elle admise chez nous (L. 2; L. 16, D., *De duobus reis*, 45-2; L. 31, § 1, D., *De novat.*, 46-2. — *Sic*, C. C., art. 1198).

Deuxième proposition. — A l'inverse, la créance corréale peut se perpétuer à l'égard de tous les créanciers corréaux par le fait d'un seul. C'est ainsi que le serment affirmatif de la créance prêté par l'un des *correi stipulandi* sur l'offre du débiteur, profite, au moins dans l'opinion générale, à tous les autres créanciers. C'est encore ainsi que la prescription interrompue par le fait de l'un des créanciers corréaux est réputée interrompue au profit de tous les autres *correi credendi* (L. 9, §§ 1, 6, D., *De jurejurando*, 12-2. — L. 5, C., *De duobus reis*, 8-40. — Conf., C. C., art. 1199).

Ces deux premières propositions dérivent de l'unité d'objet. La troisième proposition dérive au contraire de la pluralité de liens.

Troisième proposition. — Le débiteur, avant toute poursuite, est libre de choisir celui des créanciers qu'il lui plaît de payer, comme le plus diligent d'entre eux est libre de réclamer le paiement. Du

reste, rien n'empêche un des *correi stipulandi* de se contenter d'un paiement partiel, bien qu'on ne puisse le lui imposer (L. 34, § 1, D., *De solut. et lib.*, 46-3).

Dans le même ordre d'idées, un des *correi stipulandi* peut recevoir une sûreté réelle ou personnelle, à l'exclusion des autres (L. 6, § 1, D., *De duobus reis*, 45-2).

Rapports des créanciers corréaux entre eux. — Lorsqu'un des créanciers corréaux a touché le paiement intégral, ou plus généralement a éteint d'une manière quelconque le droit de ses *correi*, est-il tenu de les indemniser chacun pour sa part?

En principe, cette obligation n'est pas comprise dans le simple rapport de corréalité, et ne saurait naître que d'une cause extrinsèque et déterminée. Pour que le *correus* payé ou satisfait reste soumis à un recours de ses cocréanciers, il faut que la corréalité ait sa source dans un intérêt commun, et que le paiement doive en conséquence profiter à tous. Le recours appartient alors à chacun, non pour une part nécessairement virile, mais pour une part proportionnelle à son intérêt; il s'exerce par l'une ou l'autre des deux actions suivantes : l'action *pro socio* ou l'action *communi dividundo*.

En effet, la cause du recours sera le plus souvent un contrat proprement dit de société. Si la créance corréale de Titius et de Seius est un des éléments d'une association formée contractuellement entre eux, celui des deux qui en touchera le montant sera contraint par l'action *pro socio* d'en partager le bénéfice avec l'autre (L. 62, pr., D., *Ad legem Falcid.*, 35-2).

D'autres fois, en l'absence d'une société formelle, il y aura tout au moins une communauté d'intérêts entre les créanciers. Par exemple, Titius et Seius auront vendu une propriété indivise et seront devenus, à la suite de cette vente, créanciers corréaux du prix, *duo rei credendi*, celui des deux qui le recevra en devra communication à l'autre, selon les règles de l'action *communi dividundo* (L. 6, §§ 2, 7; L. 11, D., *Communi dividundo*, 10-3).

Telle est donc la théorie vue d'ensemble; c'est uniquement d'une société réelle ou virtuelle que dérive, entre créanciers corréaux, le recours que n'engendre point en elle-même la corréalité. L'existence de l'association expresse ou tacite doit être prouvée par le créancier qui l'allègue, et ne forme pas le droit commun (L. 29; L. 34, D., *De receptis*, 4-8; L. 71, D., *De fidejuss.*, 46-1).

La corréalité accompagnée de société est évidemment plus raisonnable en théorie ; aussi devait-elle être la plus ordinaire en pratique. Car elle permet à chaque créancier de pouvoir compter sur un avantage certain et déterminé ; de plus, on verra bientôt qu'elle rend moins facile l'extinction de la créance, par le fait d'un seul au préjudice de tous. Cependant la corréalité active sans société trouvait aussi des applications ; entre autres usages, elle pouvait constituer une donation réciproquement adressée par les cocréanciers à celui d'entre eux qui serait payé, ou par le débiteur à celui des *correi stipulandi* qui toucherait la valeur due.

Cependant, il n'était pas possible aux jurisconsultes de présumer la corréalité *cum societate*, quel qu'en fût l'avantage. Les sources de la créance corréale, on les connaît déjà ; nulle d'entre elles, la stipulation moins que toute autre, n'était de nature à nouer un lien d'association entre les créanciers. Pour obtenir ce résultat, il fallait donc un élément de plus, soit une convention formelle des parties, soit une indication tirée des circonstances.

§ III.

Effets de la corréalité ou de la solidarité passive.

Il y a corréalité *passive* lorsqu'une seule et même chose est due par plusieurs débiteurs à un créancier, mais avec cette circonstance que chaque débiteur peut être contraint de payer la totalité de la dette et que le paiement ainsi fait libère tous les coobligés. Quand on se place au point de vue passif, il faut avoir soin de distinguer la corréalité proprement dite de la solidarité.

Si l'obligation qui lie entre eux les différents codébiteurs dérive du consentement, c'est-à-dire d'un contrat, d'un pacte ou d'un testament, elle peut être corréale ou solidaire. Produit-elle une action de droit strict, on la présume corréale. Produit-elle une action de bonne foi, on la présume solidaire (L. 10, D., *De pecun. const.*, 13-5 ; L. 1, § 43, D., *Depositi*, 16-3 ; L. 9, D., *De duobus reis*, 45-2).

Si l'obligation ne dérive pas du consentement, mais bien d'un fait licite non conventionnel, comme une cotutelle, ou un délit productif d'une action pénale unilatérale, on sait déjà qu'elle ne peut être que solidaire (*supra*, p. 68).

Entre la dette corréale et la dette simplement solidaire, les différences sont graves, mais peu nombreuses.

Rapports des codébiteurs avec le créancier. — Les codébiteurs corréaux, *correi promittendi*, sont strictement soumis au double principe de l'unité d'objet et de la pluralité de liens, comme les créanciers corréaux, *correi stipulandi*.

Codébiteurs corréaux. — *A*. Chacun des codébiteurs corréaux peut, à son gré comme au gré du créancier, être réputé seul obligé. De là deux conséquences importantes :

1° Dès que la totalité de la chose due a été fournie une fois, fût-ce par un seul des *correi promittendi*, la dette de tous se trouve éteinte, *alter solvendo omnes liberat;* un paiement fait postérieurement par erreur donnerait donc lieu à la *condictio indebiti* (*Inst.*, L. III, t. XVI, *De duobus reis*, § 1).

Entraînent également libération de tous les codébiteurs les divers modes d'extinction assimilables au paiement, tels que la *datio in solutum*, l'*oblatio rei debitæ*, l'acceptilation, la novation, le serment négatif de la dette déféré par le créancier et prêté par un *correus*, etc. (L. 28, D., *De jurejurando*, 12-2; L. 20, D., *Ad senat. Vell.*, 16-1; L. 13, § 2; L. 16, D., *De accept.*, 46-4).

2° Jusqu'à Justinien, la *litis contestatio*, intervenue sur la demande judiciaire formée contre l'un des codébiteurs corréaux, éteint la dette des autres. Cette règle de procédure mettait injustement à la charge du créancier l'insolvabilité du débiteur poursuivi, et bien des inconvénients en résultaient dans la pratique. Supposons en effet quatre codébiteurs corréaux de cent sesterces; si le créancier n'est assuré de la solvabilité de chacun que jusqu'à concurrence d'un quart, la prudence lui ordonne de renoncer au bénéfice de la corréalité; il devra donc intenter quatre demandes de vingt-cinq, tout comme s'il avait affaire à de simples débiteurs conjoints (L. 2, D., *De duobus reis*, 45-2; L. 51, § 2, D., *De fidejuss.*, 46-1).

Justinien comprit que la législation devait être réformée; aussi décida-t-il que la poursuite intentée contre l'un des codébiteurs ne libérerait plus les autres coobligés qui continueraient à être tenus tant que la dette n'aurait pas été entièrement payée (L. 28, C., *De fidejuss.*, 8-41. — *Sic*, C. C., art. 1204).

B. En sens contraire, il peut arriver que la dette se perpétue à

l'égard de tous les débiteurs du chef d'un seul des codébiteurs corréaux. Ainsi la prescription interrompue par le créancier à l'égard de l'un des coobligés est présumée interrompue à l'égard des autres débiteurs. Pour la même raison, lorsque le corps certain dû par plusieurs *correi debendi* vient à périr par le fait de l'un d'entre eux, ils sont tous responsables, *alterius factum alteri nocet* (L. 5, C., *De duobus reis*, 8-40. — L. 18, D., *De duobus reis*, 45-2. — Conf., C. C., art. 1202-1206).

C. S'il est incontestable que les solutions précédentes se rattachent à l'unité d'objet, la pluralité de liens a des résultats également certains. Par exemple, le plus riche ou le mieux intentionné des codébiteurs peut, dès l'échéance, imposer le paiement au créancier, avant toute poursuite, comme le créancier peut l'exiger du premier venu d'entre eux. De même, si la chose due périt par cas fortuit après la mise en demeure d'un seul des *correi*, celui-ci reste tenu, malgré la libération de tous les autres, *alterius mora alteri non nocet* (L. 32, § 4, D., *De usuris*, 22-1; L. 173, § 2, D., *De reg. juris*, 50-17. — Conf., C. C., art. 1205).

Enfin des sûretés personnelles ou réelles sont valablement fournies par un seul ou pour un seul des *correi promittendi* (L. 6, § 1, D., *De duobus reis*, 45-2).

Codébiteurs solidaires. — Cette situation des codébiteurs corréaux, ainsi délimitée à grands traits, n'est pas applicable sans réserves aux codébiteurs simplement solidaires. Dans cette sphère nouvelle, l'influence des formes strictes ne se fait plus sentir, et les jurisconsultes suivent de plus près la volonté probable des parties.

A. On admet donc encore que le paiement ou tout autre mode équivalent d'extinction, émané d'un des débiteurs solidaires ou réalisé dans sa personne, les libère tous. Mais l'effet extinctif de la *litis contestatio* ne profite plus qu'au débiteur poursuivi, et n'est pas invocable par les autres (L. 5, § 15, D., *Commodati*, 13-6; L. 47, D., *Locati*, 19-2; L. 52, D., *De fidejuss.*, 46-1).

Cette première différence fut effacée par Justinien, qui assimila sur ce point les dettes corréales aux dettes solidaires (L. 28, C., *De fidejuss.*, 8-41).

Elles restent néanmoins séparées par d'autres dissemblances.

B. Ainsi, quand la chose due par les codébiteurs solidaires vient à périr par le fait, par la négligence, ou fortuitement après la mise

en demeure de l'un d'entre eux, il reste seul tenu dans tous les cas; mais les autres sont libérés, à moins d'une clause contraire qui fasse peser sur tous la responsabilité des fautes de chacun (L. 1, § 43, D., *Depositi*, 16-3).

C. De même, si la poursuite dirigée contre l'un des coobligés solidaires n'est fondée, ni sur son dol personnel, ni sur un dol commun à tous, on lui permet d'exiger la division de l'action du créancier entre tous les codébiteurs solvables. Cette règle est certaine, sinon pour tous, au moins en faveur des *commandatores pecuniæ credendæ*, des cotuteurs, des magistrats municipaux et des cautions solidaires (L. 45, D., *De adm. et peric.*, 26-7; L. 1, §§ 10-14, D., *De tutelæ et ration.*, 27-3; L. 7, D., *De fidejuss. et nomin.*, 27-7. — Nov. 99).

Rapports des codébiteurs entre eux. — On trouve un nouveau trait de différence entre les obligations corréales et solidaires dans la situation du codébiteur qui a payé l'intégralité de la dette ou procuré de toute autre manière à ses coobligés une libération complète à titre onéreux.

Recours de droit commun. — Dans la doctrine pure, la corréalité ou la solidarité de la dette ne saurait par elle-même engendrer, pour le codébiteur qui a payé, aucun recours contre ses *correi*. Par l'effet du principe déjà constaté à propos de la corréalité active, ce débiteur ne pourra réclamer que s'il existe en sa faveur, dans un contrat de société, dans une communauté quelconque d'intérêt ou dans une circonstance analogue, le fondement d'une action *pro socio, communi dividundo, negotiorum gestorum, mandati*, etc. En d'autres termes, le rapport de mandat ou de gestion d'affaires n'est pas admis de plein droit entre codébiteurs corréaux ou solidaires; si l'un d'eux a payé, ce n'est point pour être utile aux autres, mais pour se libérer lui-même. Cependant la preuve d'une communauté d'intérêts sera plus facilement admise entreco-débiteurs solidaires, sous l'influence de la *bona fides* qui préside à leurs relations : on va même souvent jusqu'à la présumer dans certains cas (L. 30, D., *De negotiis gestis*, 3-5; L. 4, D., *De his qui effuderunt*, 9-3; L. 62, pr., D., *Ad legem Falc.*, 35-2. — Conf., C. C., art. 1213, 1216).

Bénéfice de cession d'actions. — Mais la jurisprudence romaine a fini par adopter une théorie plus raisonnable qui assure, par un détour ingénieux, un recours au codébiteur *correus* ou solidaire,

abstraction faite de toute idée de société (1). C'est le bénéfice de cession d'action, ***beneficium cedendarum actionum***.

Le débiteur qui libère ses coobligés peut, en effet, exiger que le créancier lui cède ses actions. S'il paie spontanément la dette, la cession devient alors la condition de ce paiement volontaire, dont une partie représente la part qui incombait au *solvens* dans l'obligation commune, et dont l'autre partie représente le prix d'achat des actions qui lui sont vendues. Si l'on suppose, au contraire, une poursuite du créancier contre l'un des codébiteurs, celui-ci obtient la cession par le moyen de l'exception de dol, sous-entendue ou formellement exprimée. Dans tous les cas, ce droit à la cession est fondé sur une équité manifeste, car le créancier ne peut pas raisonnablement refuser de céder les actions devenues inutiles entre ses mains puisqu'on le désintéresse. L'avantage qui en résulte pour le débiteur est considérable; d'abord, à défaut d'un lien d'association qui lui permette de recourir contre ses codébiteurs en son nom propre, sa substitution au créancier l'autorise à les poursuivre quand même pour leur part. Ensuite, dans l'hypothèse inverse d'une association il peut lui être préférable de renoncer à l'action qu'elle lui ouvre, et d'exercer plutôt les actions du créancier, si elles sont garanties par quelque sûreté spéciale (L. 65, D., *De eviction.*, 21-2; L. 21, D., *De tutelæ et rat.*, 27-3. — Conf., C. C., art. 1214, 1251).

La cession d'actions est d'ailleurs soumise à trois conditions essentielles. La première, c'est que le codébiteur *solvens* la réclame formellement, car le droit romain n'admet pas de subrogation légale, opérant de plein droit. La seconde, c'est qu'elle ait été faite, ou du moins convenue, avant le paiement; car, une fois payé sans réserves, le créancier n'aurait plus rien à céder; créances et actions s'évanouiraient. Enfin la troisième, c'est que la dette corréale ou solidaire ne provienne pas d'un délit, et que la poursuite du créancier ne soit fondée, ni sur un dol commun à tous les débiteurs, ni sur le dol ou la faute du débiteur poursuivi, car la loi ne saurait voir un germe quelconque de recours dans un fait délictueux (L. 1, § 14, D., *De tutelæ et rat.*, 27-3; L. 76, D., *De solut.*, 46-3. — L. 2, C., *De contrar. jud. tutelæ*, 5-58).

(1) On a prétendu que le bénéfice de cession d'actions ne devait appartenir qu'aux codébiteurs *socii*; une pareille doctrine nous semble inadmissible, parce qu'elle contredirait directement le but et le caractère de ce bénéfice; d'ailleurs elle se trouve démentie par plusieurs textes (L. 65, D., *De evict.*, 21-2. — L. 2, C., *De duobus reis*, 8-40).

La part, que doit supporter dans la dette le codébiteur cessionnaire des actions du créancier, est à déduire de son recours. Il ne peut même agir contre ses divers codébiteurs que dans une mesure porportionnelle au profit que chacun a retiré de la dette; d'ailleurs on ne tient pas compte des insolvables dans cette division, et la charge de l'insolvabilité se répartit entre tous les coobligés solvables; l'équité le veut ainsi (L. 13, C., *De locat. et cond.*, 4-65. — *Sic*, C. C., art. 1214).

Le bénéfice de cession d'actions est jusqu'ici commun aux débiteurs corréaux et solidaires. Cependant trois différences les séparent encore à ce point de vue :

1° Sur la poursuite du créancier, le débiteur tenu *correaliter* n'est admis à demander la cession que jusqu'à la *litis contestatio*, tandis que le débiteur solidaire peut la réclamer jusqu'au paiement, c'est-à-dire *post litem contestatam, post sententiam*, et même au cours de l'action *judicati* (L. 1, § 12, D., *De tutelæ et rat.*, 27-3; L. 41, § 1, D., *De fidejuss.*, 46-1).

2° Le créancier est obligé de garder ses actions pour le débiteur solidaire, en ce sens que, s'il ne veut ou ne peut les lui céder, le juge diminuera la condamnation du débiteur de la quantité que lui eût fait recouvrer la cession. Au contraire, dans le cas de corréalité, le créancier n'est pas tenu de conserver ses actions intactes, et l'exception *doli mali* ne serait possible que dans le cas où ayant encore ses actions, il refuserait de les céder (L. 45, D., *De adm. et peric.*, 26-7; L. 15, § 1, D., *De fidejuss.*, 46-1).

3° Quand le débiteur solidaire a oublié de réclamer la cession avant le paiement, on la sous-entend, tout au moins pour lui attribuer les actions de créancier à titre d'actions utiles. Cette même faveur, refusée au *correus promittendi* par les principes du droit strict et par les textes du Digeste, lui est peut-être accordée aux temps du Code (L. 1, § 13, D., *De tutelæ et rat.*, 27-3; L. 39, D., *De fidejuss.*, 46-1. — L. 2, C., *De duobus reis*, 8-40).

§ IV.

Extinction de l'obligation corréale ou solidaire.

Sans anticiper sur la théorie de l'extinction des obligations, et réserve faite de tous les détails, qui trouveront ailleurs une place

logique, on doit partager en trois groupes les divers événements qui peuvent détruire ou éteindre l'obligation corréale ou solidaire (Conf., C. C., art. 1208).

I. — Les uns sont *absolus*, c'est-à-dire qu'ils éteignent la dette ou la créance d'une manière complète, *erga omnes*, à l'égard de tous les créanciers et de tous les débiteurs. Ce sont : 1° le paiement et tous les faits analogues comme la *datio in solutum* et l'*oblatio rei debitæ*; 2° l'acceptilation; 3° la novation; 4° le serment sur l'existence de la dette; 5° la perte fortuite de la chose due; 6° la *litis contestatio* avant Justinien; 7° la prescription à l'époque du Bas-Empire (L. 28, § 3, D., *De jurejur.*, 12-2; L. 31, § 1, D., *De novat.*, 46-2; L. 16, pr., D., *De accept.*, 46-4).

II. — Certains modes *relatifs* en ce sens qu'ils n'éteignent que la créance ou la dette du créancier ou du débiteur qui y a participé, sans toucher aux droits ou aux obligations des autres *correi*. On peut citer 1° la *capitis deminutio*, à l'époque classique; 2° la *restitutio in integrum*; 3° le pacte *de non petendo in personam*; 4° le serment portant sur la corréalité ou sur la solidarité; 5° le concours de deux causes lucratives; ce mode ne s'applique qu'à la corréalité active (L. 27, pr., D., *De pactis*, 2-14; L. 19, D., *De duobus reis*, 45-2).

III. — Enfin, il y a des modes *mixtes* qui opèrent tantôt une extinction générale et absolue, *in rem*, tantôt une extinction partielle et relative, *in personam*, suivant que les *correi* sont *socii* ou ne le sont pas. Ce sont notamment : 1° la confusion; 2° la compensation; 3° le pacte *de non petendo in rem* (L. 21, § 5, D., *De pactis*, 2-14; L. 10, D., *De duobus reis*, 45-2; L. 71, pr., D., *De fidejuss.*, 46-1. — Conf., C. C., art. 1209, 1280, 1284, 1285, 1294).

TROISIÈME SECTION.

CONCOURS DE PLUSIEURS PARTIES PRINCIPALES ET ACCESSOIRES.

Comme on l'a vu, les *correi stipulandi* ou *promittendi*, indépendants des uns des autres, sont dans une situation identique et jouent indistinctement dans un seul et même contrat le rôle de parties principales.

Mais à côté d'un stipulant ou promettant principal, intervient souvent un stipulant ou promettant accessoire. Cette partie subal-

terne remplit la double fonction de mandataire envers le créancier ou le débiteur qu'elle accompagne, et de créancier ou de débiteur envers l'autre contractant. De plus, elle puise sa créance ou sa dette dans un contrat distinct et séparé, qui ne se forme pas nécessairement au même instant ni dans le même lieu que le contrat dont il est l'auxiliaire.

A ces deux points de vue, le concours de plusieurs parties, les unes principales, les autres accessoires, diffère de la corréalité. Il lui ressemble cependant par la règle que ces obligations multiples doivent toutes avoir un objet identique. Ce concours se rencontre dans deux hypothèses principales que nous allons successivement étudier : l'*adstipulatio* et l'*adpromissio*.

§ I.

Adstipulatio.

L'*adstipulatio* n'existait plus au temps de Justinien; mais elle avait une grande importance dans le droit classique, et Gaius nous la fait connaître (*Gaius*, III, 110-114).

On appelle *adstipulator* une personne qui, pour s'adjoindre à un stipulant principal, stipule du même débiteur le même objet. L'*adstipulatio* est donc un contrat verbal accessoire, qu'il faut envisager sous le triple rapport de son utilité, de sa forme et de ses effets.

Utilité de l'adstipulatio. — L'utilité de l'*adstipulatio* tenait à la vieille règle romaine qui défendait aux plaideurs de se faire représenter en justice, *nemo alieno nomine lege agere potest*. Dans la prévision d'un voyage, d'une absence, d'une gêne quelconque, ou désireux de ne pas intenter lui-même l'action née de la stipulation, un créancier voulait se décharger sur un ami du soin d'exiger le paiement à sa place. Mais la loi ne lui permettait pas de confier la poursuite à un tiers; plus tard, quand il devint possible de plaider par procureur, ce ne fut qu'avec des formes et sous des garanties embarrassantes. Le *stipulator* ou créancier tournait alors l'obstacle en faisant intervenir un *adstipulator* qui participait à la créance, agissait de son propre chef et lui rendait compte après la poursuite.

Lorsque les *legis actiones* disparurent, on conserva encore l'*adstipulatio* pour remédier à un autre inconvénient. Les stipulations *post mortem stipulantis* étaient nulles en principe (*supra*, p. 49);

mais on arrivait à leur donner une pleine efficacité pratique, par l'adjonction d'un *adstipulator* qui acquérait en son propre nom l'action refusée au stipulant principal comme à ses héritiers, et qui l'exerçait dans l'intérêt de ces derniers, à charge de leur rendre compte (*Gaius*, III, 117).

Pour généraliser, il est exact de dire que, dans tous les cas où la stipulation, civilement nulle, engendre néanmoins une obligation naturelle, un *adstipulator* étranger à la cause de nullité peut s'adjoindre utilement au contrat. Toutefois ce n'était là qu'une fonction secondaire et plus récente de l'*adstipulatio;* c'est dans la rigueur de l'antique procédure qu'il faut en rechercher l'origine et l'idée première.

Forme de l'adstipulatio. — L'*adstipulatio* était un contrat essentiellement verbal; elle n'intervenait vraisemblablement qu'à la suite et comme accessoire d'une première stipulation et nul autre contrat n'en était susceptible. Mais l'*adstipulator* ne devait pas nécessairement employer la même formule d'interrogation que le stipulant principal; celui-ci pouvait dire, par exemple, *centum dari spondes?* et l'autre, *idem fide tua promittis?* ou réciproquement. L'*adstipulatio* pouvait accompagner ou suivre la stipulation principale, elle pouvait, probablement aussi, la précéder (*Gaius*, III, 112).

L'influence de la forme se faisait d'ailleurs sentir sur le fond. Le principe était avant tout que la stipulation principale et l'*adstipulatio* avaient nécessairement le même objet. Il fallait de plus que l'*adstipulatio* ne fût, sous aucun rapport, plus onéreuse au débiteur, *nec plus in accessione potest esse, quam in principali;* ainsi le créancier auxiliaire ne pouvait stipuler dix, ou purement et simplement, quand le créancier principal avait stipulé cinq, ou sous une modalité. En sens inverse, rien ne s'opposait à ce que l'*adstipulatio* fût moins onéreuse que la créance principale (*Gaius*, III, 112, 113) (1).

Effets de l'adstipulatio — L'*adstipulator* remplissant le double rôle de mandataire envers le *stipulator*, et de créancier envers le *promissor*, les effets de l'*adstipulatio* doivent s'examiner 1° au regard du débiteur; 2° au regard du créancier.

(1) C'est une question controversée que de savoir si l'*adstipulatio in duriorem causam* est nulle pour le tout ou seulement réductible à la mesure de la stipulation principale; elle se résout de la même manière que la question analogue qui se pose sur l'*adpromissio* (*infra*, p. 86).

I. — Dans ses rapports avec le débiteur, l'*adstipulator* est absolument maître de la créance; il n'est pas seulement mandataire comme l'*adjectus solutionis gratia*, il a figuré au contrat, il a interrogé le *promissor*, il est donc devenu véritablement créancier. En conséquence, il est investi personnellement de l'action *ex stipulatu* et c'est son nom qui figure dans la formule d'action délivrée par le magistrat. Aussi peut-il recevoir paiement; il peut également modifier la créance d'une manière quelconque, soit en faisant novation, soit en accordant un terme, soit en acceptant une *datio in solutum*. Il a même le droit d'éteindre la créance à titre gratuit et de libérer le débiteur, en employant l'acceptilation ou un pacte *de non petendo*.

Bref, tous les actes quelconques relatifs à la créance et qui sont intervenus entre le débiteur et l'*adstipulator* sont absolument valables; le *promissor* peut les opposer aux deux créanciers, au stipulant principal comme au stipulant accessoire.

II. — Dans ses rapports avec le stipulant principal, l'*adstipulator* n'est plus maître de la créance; il n'est qu'un mandataire et, à ce titre, tenu de rendre compte (*Gaius*, III, 111). Aussi, à la différence d'un stipulant ordinaire, il n'est pas libre de laisser son droit inactif, il doit agir et poursuivre le débiteur toutes les fois que le stipulant principal en est empêché lui-même. Par un autre corollaire de la même idée, l'*adstipulator* est tenu de rendre compte au *stipulator*, soit du paiement, soit des actes de libération gratuite qui ont éteint la créance, sous peine de subir l'action *mandati directa* et même, dans le cas spécial d'une acceptilation, l'action pénale *legis Aquiliæ*. Enfin le droit de l'*adstipulator* lui est personnel, comme l'est toujours au mandataire le pouvoir qu'il a reçu du mandat; sa créance ne passe donc pas à ses héritiers, et s'éteint par sa *capitis deminutio* (*Gaius*, III, 114, 215, 216).

Il résulte encore de ce principe que pour jouer le rôle d'*adstipulator*, il faut avoir l'aptitude à devenir soi-même créancier. En d'autres termes, l'*adstipulatio* faite par un esclave (ou par un individu *in mancipio*) ne saurait être que nulle; car elle ne vaut, ni pour le maître qui n'a pas reçu le mandat, ni pour l'*adstipulator* qui manque de toute capacité propre. Au contraire, émanée d'un fils de famille (ou d'une femme *in manu*), l'*adstipulatio* est efficace et produit une créance qui reste d'ailleurs sur sa tête à l'exclusion du *pater;* car l'*adstipulator* est ici doué d'une capacité propre, et

garde le droit que n'acquiert point le père étranger au mandat. Seulement il ne pourra l'exercer en justice qu'une fois devenu *sui juris* sans *capitis deminutio*, c'est-à-dire par exemple par son élévation à certaines dignités sacerdotales, ou par la mort du chef de famille (*Gaius*, III, 114).

L'*adstipulatio* disparut avec ses diverses raisons d'être; aussi n'est-elle pas nommée dans les recueils de Justinien. Imaginée pour satisfaire à des besoins accidentels et pour corriger des rigueurs artificielles de procédure, elle n'était d'ailleurs avantageuse qu'au créancier. Dans ses causes et dans ses effets, au double point de vue théorique et pratique, elle n'eut donc jamais l'importance juridique de l'*adpromissio*.

§ II.

Adpromissio.

De même qu'on vient de voir un tiers s'adjoindre au stipulant principal, pour acquérir accessoirement la même créance, de même un tiers peut s'adjoindre au promettant principal, pour s'obliger accessoirement à la même dette; c'est l'hypothèse de l'*adpromissio*. Mais l'*adpromissio* n'a rien d'arbitraire et se retrouve sous des formes diverses, dans toutes les législations, preuve irréfutable qu'elle répond à des nécessités toujours présentes. De plus, elle n'est pas organisée dans l'intérêt exclusif de l'un des contractants, mais dans l'intérêt commun des deux parties. Car elle ne garantit pas seulement le créancier contre le danger de l'insolvabilité de son obligé, elle augmente du même coup le crédit du débiteur (Conf., C. C., art. 2011, 2043).

L'*adpromissio* n'est qu'une des faces de l'opération plus large qu'on appelle *intercessio*. Or, *intercedere*, c'est obliger sa personne ou sa chose pour autrui. Cette définition contient en germe les trois éléments constitutifs de toute *intercessio;* il faut en effet : 1° que l'*intercessor* oblige sa personne ou sa chose; 2° qu'il l'oblige pour garantir ou remplacer la dette d'un tiers; 3° qu'il l'oblige envers le créancier actuel ou futur d'autrui.

On verra plus loin que l'esclave, au point de vue prétorien, oblige ordinairement son maître par ses contrats, jusqu'à concurrence de son pécule; mais il ne l'oblige pas même dans cette li-

mite au moyen d'une *intercessio*. La femme est également empêchée d'intercéder par le sénatusconsulte Velléien, rendu probablement sous le règne de Claude, en l'année 46 de notre ère (L. 3, §§ 5, 6, 9, D., *De peculio*, 15-1; L. 1, D., *Ad senat. Vell.*, 16-1).

Les applications principales de l'*intercessio* sont au nombre de six : 1° on constitue sur sa chose un droit de gage ou d'hypothèque, pour sûreté de la dette d'un tiers; 2° on fait un pacte de constitut pour autrui (*constitutum alieni debiti*); 3° on se porte *mandator pecuniæ credendæ*; 4° on opère une *interventio*, en d'autres termes, on prend la place d'un tiers qui allait s'obliger et qui s'en trouve dès lors dispensé; 5° on opère une *expromissio*, c'est-à-dire qu'on assume la dette d'un tiers en s'obligeant *verbis* à la place du débiteur primitif qui est libéré; 6° on accède *verbis* à la dette d'un tiers, ce qui est l'*adpromissio*. Nous ne traiterons ici que de ce dernier mode d'*intercessio*, le plus classique et le plus fréquent; les autres seront expliqués à leurs places respectives.

Le droit romain a connu trois sortes d'*adpromissores* : le *sponsor*, le *fidepromissor* et le *fidejussor*; ce troisième, plus récent que les deux autres, coexista quelque temps avec eux, et finit par les remplacer complètement (*Gaius*, III, 115, 116. — Conf., C. C., art. 2011-2043).

Quand un débiteur s'adjoint un *adpromissor* quelconque, il fait ce qu'on appelle une *satisdatio*. Donner au créancier cette sûreté, c'est donc *satisdare*; la recevoir, c'est *satisaccipere* (L. 5, §§ 1, 2, D., *De verb. oblig.*, 45-1).

Tous les *adpromissores* sont, sans exception, soumis aux cinq règles communes qui suivent.

Règles communes à tous les adpromissores

I. — *Forme verbale.* — L'*adpromissio* se contracte toujours *verbis*, au moyen de la stipulation. La formule *spondesne? spondeo*, qui crée un *sponsor*, est exclusivement réservée aux citoyens romains, et suppose de toute nécessité l'emploi de la langue latine. La formule *fidepromittisne? fidepromitto*, fut regardée comme équivalente, afin de permettre au pérégrin de se porter caution. Quant à la formule *fidejubesne? fidejubeo*, on l'inventa pour sortir des limites étroites et gênantes du vieux droit. Le *fidepromissor* et le *fidejussor* peuvent efficacement se servir d'une langue quelconque, suivant les prin-

cipes généraux de la stipulation (*Inst.*, L. III, t. XX, *De fidejuss.*, § 7. — *Gaius*, III, 93, 115, 116).

Au reste, l'*adpromissio* forme un contrat distinct tout en étant accessoire; en conséquence, elle peut naître en un autre lieu que la dette principale qu'elle garantit (L. 49, § 2, D., *De fidejuss.*, 46-1).

II. — *Nécessité d'une obligation principale.* — Il ne saurait d'ailleurs exister d'*adpromissio* sans une obligation principale dont elle dépend.

Il importe peu que cette obligation principale soit civile, prétorienne ou simplement naturelle, c'est-à-dire qu'elle puisse ou non produire une action; car l'*adpromissio* n'aura souvent d'autre but que de fortifier une dette insuffisante. Une obligation accessoire joue même quelquefois ce rôle d'obligation principale; c'est ainsi qu'un premier fidéjusseur en fournit valablement un second pour cautionner son propre engagement (L. 8, § 12, D., *De fidejuss.*, 46-1).

Un autre résultat logique du même principe, c'est que l'*adpromissio*, qui peut, comme toute autre dette, s'éteindre directement du chef de l'*adpromissor*, peut également, par voie de conséquence, s'éteindre du chef de l'obligé principal. A cet égard, on doit poser trois règles fécondes en résultats : 1° tout fait libératoire *ipso jure*, qui affecte l'objet même de l'obligation, éteint la dette au profit du débiteur principal et de l'*adpromissor*, sans qu'on ait à rechercher lequel des deux l'a réalisé; tels sont : le paiement, la novation, l'acceptilation, la perte de la chose due; 2° tout fait libératoire *ipso jure*, qui n'affecte pas l'objet de l'obligation, reste personnel à l'un des obligés et ne libère pas l'autre; la *capitis deminutio* et la mort sans héritier sont des exemples de cette extinction, bien moins ordinaire que la précédente; 3° la dette éteinte *exceptionis ope*, du chef de l'*adpromissor*, reste entière à l'égard du débiteur principal, si ce n'est en des cas très rares; au contraire, toute exception qui n'est pas strictement personnelle au débiteur principal peut être invoquée par l'*adpromissor* (L. 95, §§ 1, 4, D., *De solutionibus*, 46-3; L. 21, § 5; L. 22, D., *De pactis*, 2-14; L. 13, D., *De minoribus*, 4-4; L. 7, pr., § 1, D., *De except.*, 44-1) (1).

(1) Comme exemples d'exceptions *personæ cohærentes* qui restent propres au débiteur principal, sans pouvoir être invoquées par l'*adpromissor*, on peut citer : l'exception de compétence, l'exception de cession de biens et l'exception de pacte *in personam* (L. 7, D., *De except.*, 44-1 ; L. 22, D., *De pactis*, 2-14).

III. — *Impossibilité de comprendre autre chose ni plus.* — L'*adpromissio* ne peut comprendre autre chose ni plus que l'obligation principale; rien cependant n'empêche d'y comprendre moins, pourvu que la formule verbale de l'engagement exprime la restriction (L. 68, § 1, D., *De fidejuss.*, 46-1. — *Inst.*, L. III, t. XX, *De fidejuss.*, § 5. — Conf., C. C., art. 2013).

Puisque l'*adpromissio* ne peut comprendre autre chose que l'obligation principale, l'*adpromissor* qui promettrait *aliud*, par exemple, qui garantirait en argent une dette de blé, ou *vice versa*, ne serait pas obligé (L. 42, D., *De fidejuss.*, 46-1).

Comme l'*adpromissio* ne peut comprendre plus que l'obligation principale, quatre catégories d'hypothèses sont à prévoir. L'*adpromissor*, en effet, a quatre manières de violer cette règle ou de s'obliger *in duriorem causam*, comme disent les Romains : 1° *re*, en promettant une quantité plus forte, vingt au lieu de dix promis par le débiteur, etc.; 2° *tempore*, soit en garantissant purement et simplement une dette à terme ou conditionnelle, soit en contractant sous un terme plus rapproché, etc.; 3° *loco*, en s'engageant à payer dans un lieu déterminé, tandis que le débiteur garanti est tenu *sine adjectione loci*, etc.; 4° *modo*, en laissant au créancier, dans le cas d'une dette alternative, le choix que le débiteur garanti s'est au contraire attribué, etc. Qu'on suppose accomplie l'une ou l'autre de ces quatre hypothèses, l'*adpromissio* ainsi contractée *in duriorem causam* est-elle nulle pour le tout, ou seulement réductible à la mesure de l'obligation principale? La première solution, plus conforme à l'esprit général de la loi romaine, et mieux adaptée au mécanisme spécial des contrats de droit strict, paraît en outre avoir les textes pour elle. Il faut donc la préférer, tout en constatant une obscurité regrettable dans les sources, et sans trop s'étonner qu'une décision contraire ait prévalu dans les *intercessiones* de bonne foi, telles que le *constitutum alieni debiti* et le *mandatum pecuniæ credendæ* (L. 11, § 1, D., *De pec. const.*, 13-5; L. 8, §§ 7, 8; L. 16 § 1, D., De *fidejuss.*, 46-1. — *Inst.*, L. III, t. XX, *De fidejuss.*, § 5) (1).

Du reste, à la condition de n'avoir pas plus d'étendue que l'obligation principale, l'*adpromissio* peut être plus efficace en elle-même

(1) L'art. 2013 du Code civil dispose au contraire que le cautionnement qui excède la dette ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul, il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale.

et consister dans un lien plus énergique; car on sait déjà qu'elle s'adjoint utilement à des dettes prétoriennes ou naturelles; on sait également que l'*adpromissor* pourrait fournir des garanties spéciales, gage ou hypothèque, tandis que la dette du débiteur principal serait chirographaire. Les commentateurs ont exprimé ce résultat dans une formule abstraite : *adpromissor magis obligari potest intensive, non potest extensive* (Conf., C. C., art. 2012).

Enfin, par le seul fait que l'*adpromissor* a garanti la totalité de l'obligation principale, *omnis causa*, il en garantit du même coup les augmentations normales et logiques, notamment les intérêts moratoires; mais il reste étranger aux accroissements accidentels, entre autres à la peine que peut encourir le débiteur (L. 54; L. 68, § 1; L. 73, D., *De fidejuss.*, 46-1. — *Sic*, C. C., art. 2016).

IV. — *Loi Cornélia.* — L'*adpromissio*, primitivement libre dans les limites de l'obligation principale, reçut une grave restriction de la loi Cornélia, rendue vers l'an 673 de Rome, sous la dictature de Sylla. Il fut défendu de se porter *adpromissor* pour une quantité supérieure à vingt mille sesterces d'argent, dans la même année, envers le même créancier, en faveur du même débiteur, *idem pro eodem, apud eumdem, eodem anno*. Cette loi tendait à diminuer les emprunts, en diminuant la sécurité des créanciers et le crédit des débiteurs; mais elle manquait son but, puisqu'il restait possible de garantir la totalité d'une dette quelconque, par l'adjonction de plusieurs garants partiels. D'après son motif même, la prohibition n'atteignait que les cautions fournies pour une obligation contractuelle et certaine, c'est-à-dire constitutive d'un *creditum* (*Gaius*, III, 124).

On ignore si l'*adpromissio* exagérée était nulle pour le tout ou seulement réductible; la solution de la question dépend de la manière dont on restitue quelques mots qui manquent dans le manuscrit de Gaius. Nous savons cependant que la loi avait prévu et déterminé certains cas où l'*adpromissio* pouvait se faire in *infinitum;* le jurisconsulte en cite quatre : l'*adpromissio* fournie sur l'ordre du juge, l'*adpromissio* garantissant la restitution d'une dot, le paiement de la *vicesima hereditatis* et l'exécution des dispositions testamentaires. Cette loi Cornélia paraît être la première qui ait ait parlé des fidéjusseurs; on ne saurait dire quand ni comment elle disparut, et le droit de Justinien ne la connaît même plus de nom (*Gaius*, III, 124-125).

V. — *Recours contre le débiteur principal.* — L'*adpromissio* fait naître, à l'échéance du terme qui affecte l'obligation principale, un recours au profit de l'*adpromissor* contre le débiteur, pour la restitution et dans la mesure de ce qu'a coûté au garant l'extinction de la dette, et pourvu qu'il n'ait pas sciemment négligé de se prévaloir des moyens de défense décisifs qu'aurait pu invoquer le débiteur. Ce recours s'exerce par les actions de mandat ou de gestion d'affaires, selon que la caution est intervenue du gré ou à l'insu du débiteur principal. Mais il se peut que son intervention n'offre ni les éléments du mandat ni ceux de la gestion d'affaires; c'est lorsque le débiteur principal a fait opposition à l'*adpromissio*, ou que la dette intéressait l'*adpromissor* lui-même, ou qu'il avait l'intention de gratifier l'obligé; en d'autres termes, il s'est engagé *pro invito, vel in rem suam, vel animo donandi*; dans tous ces cas, on ne lui accorde aucune espèce de recours. — *Gaius*, III, 127. — L. 6, § 2; L. 20, § 1; L. 26, § 4, D., *Mandati*, 17-1. — *Inst.*, L. III, t. XX, *De fidejuss.*, § 6) (1).

Règles spéciales aux sponsores et fidepromissores.

Les *adpromissores* se partagent en deux catégories, *sponsores* et *fidepromissores* d'une part, et *fidejussores* d'autre part.

I. — Différences entre la sponsio et la fidepromissio. — Le *sponsor* et le *fidepromissor* se confondent à peu près (*Gaius*, III, 118). Cependant on peut relever entre eux trois légères différences : 1° le *sponsor* n'est jamais qu'un citoyen romain, puisque la forme de la *sponsio* est inaccessible aux pérégrins. 2° Aux termes d'une certaine loi Publilia, de date inconnue, le *sponsor* peut, au lieu de recourir contre le débiteur par l'action *mandati*, commune à tous les garants, intenter une action dite *depensi*, dont l'avantage est de lui donner le double en cas d'*inficiatio* du défendeur. 3° En outre, la même loi lui donne le droit, s'il n'est pas remboursé dans les six mois du paiement, de procéder sans juge-

(1) La question de savoir si l'*adpromissor* qui avait cautionné le débiteur principal, *invito debitore*, n'avait pas au moins un recours par l'action *negotiorum gestorum utilis* ou par l'action *de in rem verso*, avait, paraît-il, fait difficulté à l'époque classique. Justinien trancha la controverse en refusant, dans ce cas, tout recours à l'*adpromissor* (L. 40, D., *Mandati*, 17-1. — L. 24, C., *De neg. gestis*, 2-19).

ment préalable à la voie d'exécution appelée *manus injectio pro judicato* (*Gaius*, III, 120, 127; IV, 9, 22, 25).

II. — **Ressemblances entre la sponsio et la fidepromissio.** — Hormis ces dissemblances de détail, le *sponsor* et le *fidepromissor* relèvent ensemble de principes communs qui font d'eux la contre-partie symétrique des *adstipulatores*.

1° *Nécessité d'accéder à des dettes verbales.* — La *sponsio* et la *fidepromissio* ne peuvent accéder qu'à des obligations contractées *verbis*, c'est-à-dire nées de la stipulation, de la *dictio dotis*, ou de la *jurata promissio liberti* (L. 55, D., *De jure dotium*, 23-3; L. 8, § 1, D., *De operis libert.*, 38-1).

Du reste, il n'importe que la dette ainsi garantie soit civile ou naturelle, suivant la règle commune à tous les *adpromissores* Mais toujours faut-il qu'elle offre les éléments constitutifs d'une promesse verbale; de là résulte, dans l'opinion de plusieurs jurisconsultes romains, la nullité de ces deux sortes d'*adpromissiones* appliquées, soit à la promesse d'un esclave, soit à l'engagement pris dans la forme *spondes* par un pérégrin (*Gaius*, III, 119).

La novation permettait, il est vrai, de ramener à la forme *verbis* les obligations nées d'une autre source; mais cette transformation exigeait toujours le consentement du débiteur, et des conditions de capacité physique ou légale qui pouvaient faire défaut. Il est donc permis de blâmer une disposition qui rétrécissait outre mesure la sphère d'utilité de la *sponsio* et de la *fidepromissio*.

2° *Intransmissibilité.* — De même que la créance de l'*adstipulator* lui reste personnelle et n'est pas transmissible au point de vue actif, de même la dette du *sponsor* et du *fidepromissor* ne passe pas à leurs héritiers; l'intransmissibilité dérive, dans tous ces cas, de la même idée de mandat. Mais si les successeurs de l'*adstipulator* ne recueillent pas son droit, c'est qu'autrement ils pourraient compromettre les intérêts du mandant, dont ils n'ont pas eu la confiance. Au contraire, lorsque l'obligation du *sponsor* ou du *fidepromissor* disparaît à son décès, la sécurité du créancier et le crédit du débiteur sont atteints du même coup, et l'extinction de l'*adpromissio* ne profite qu'aux héritiers de l'*adpromissor*. Ce fut donc une vue superficielle et de fausse symétrie qui inspira cette assimilation déraisonnable (*Gaius*, III, 120).

3° *Loi Apuléia.* — Une loi *Apuléia*, plébiscite rendu probablement en l'année 652 de Rome, établit une société de plein droit

entre les *sponsores* ou les *fidepromissores* d'un même débiteur. Il en résultait que, si l'un de ces *adpromissores*, tenu *in solidum* envers le créancier, payait au delà de sa part il pouvait réclamer par l'action *pro socio* la répartition du surplus entre ses coobligés, abstraction faite de toute communauté préalable d'intérêts (*Gaius*, III, 122).

Là se trouve la solution d'un problème assez discuté. D'après quelques auteurs, l'obligation accessoire du *sponsor* ou du *fidepromissor* devait se contracter au même instant que l'obligation principale. Or une certaine loi *Cicereia*, dont la date est inconnue, mettait le stipulant, qui recevait des *sponsores* ou *fidepromissores*, dans la nécessité de leur déclarer d'avance et publiquement le nombre des cautions qu'il se proposait d'obtenir, et la quotité de la dette garantie. L'omission de cette *prædictio* donnait à ces *adpromissores* le droit précieux de provoquer dans les trente jours une action préjudicielle ou *præjudicium*, dont l'effet était d'entraîner leur libération, s'ils établissaient en fait que la formalité n'avait pas été remplie. Une telle précaution prouve péremptoirement que les *sponsiones* ou les *fidepromissiones* pouvaient précéder ou suivre la formation de l'obligation principale (*Gaius*, III, 123) (1).

4° *Loi Furia.* — Une loi *Furia de sponsu*, autre plébiscite que l'opinion commune place en l'an de Rome 659, vint apporter deux limitations nouvelles à la dette des *sponsores* ou *fidepromissores*.

Elle la divisa d'abord entre tous les *adpromissores* de ce genre qui étaient vivants au moment de l'échéance; le créancier ne put donc plus demander le total à chacun, mais seulement sa part virile, et désormais, il courut le risque de l'insolvabilité de chaque *sponsor* ou *fidepromissor*. Cette division s'opérait vraisemblablement de plein droit; par conséquent le créancier commettait une *plus petitio* en poursuivant *in solidum*, et si l'un des *sponsores* ou *fidepromissores* payait par erreur au delà de sa part, il pouvait intenter efficacement la *condictio indebiti* pour l'excédant (*Gaius*, III, 121).

En outre, la loi Furia borna à deux ans la durée de l'obligation du *sponsor* ou du *fidepromissor*; c'est une exception remarquable au principe qu'un laps de temps ne saurait éteindre un droit de

(1) Avant la révision de Studmund, le nom de cette loi était inconnu et diverses conjectures avaient été émises; les uns avaient proposé de lire *Cornélia*, d'autres *Pompéia;* d'autres avaient pensé que cette loi devait être la loi *Apuléia* elle-même (*Gaius*, III, 123).

créance ; il faut remarquer même qu'ici le *dies ad quem* est indépendant de la convention des parties. Ce délai de deux ans, *biennium*, partait sans doute du jour de l'échéance, et produisait, en s'accomplissant, une libération *ipso jure* (*Gaius*, III, 121).

Ainsi se révèle l'esprit tout politique de la loi Furia ; pour supprimer des désordres permanents, on voulut en tarir la source, qui était l'abus des emprunts. On essaya d'y arriver en stimulant, par la crainte de voir trop vite disparaître la sûreté, l'ardeur des créanciers à poursuivre les garants ; sous la menace de ces rigueurs, les débiteurs trouvèrent moins facilement des *adpromissores*, et les dettes diminuèrent avec le crédit.

A la différence de la loi Apuléia, la loi Furia n'était applicable qu'en Italie, où l'on redoutait davantage les soulèvements de la foule. La société qu'avait établie la loi Apuléia conserva donc toute son utilité dans les provinces (*Gaius*, III, 121-122).

La loi Furia, par la date que lui assignent la plupart des auteurs, est antérieure de quatorze ans à la loi Cornélia, qui, pour la première fois, s'occupa de la *fidejussio*. N'est-il pas naturel de penser que, dans ce court intervalle, on inventa peut-être, du moins on généralisa l'usage des fidéjusseurs, qui s'obligeaient par d'autres formules, et dès lors échappaient aux règles trop restrictives de la *sponsio* et de la *fidepromissio?* Ils constituaient une sûreté plus large, plus souple, moins fragile et par conséquent plus pratique ; aussi dès qu'il fut connu, ce procédé nouveau d'*intercessio* ne tarda pas à faire disparaître les deux méthodes primitives. Si l'on peut admettre que la *fidepromissio* et la *fidejussio* coexistèrent quelque temps, il est certain qu'à l'époque de Justinien, les deux premières s'identifient avec la troisième ; l'abrogation des formules solennelles en avait effacé la différence caractéristique, et la meilleure de ces institutions devait nécessairement absorber les autres.

Règles spéciales aux fidéjusseurs.

Il ne sera donc plus désormais question que de la *fidejussio*, seule vivante en réalité depuis le bel âge de la jurisprudence romaine.

Possibilité d'accéder à toute dette.— La fidéjussion accède valablement à une dette quelconque, quelle qu'en soit l'origine, qu'elle provienne d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit ou de la loi; il suffit que la dette ne soit pas nulle

(L. 8, §§ 5, 6, D., *De fidejuss.*, 46-1. — *Inst.*, L. III, t. XX, *De fidejuss.*, § 1).

Seule, l'obligation qui pèse sur le mari, ou sur le père du mari, de restituer la dot à la femme, ne comporte pas de fidéjussion. Édictée en 381 par Gratien, Valentinien et Théodose, cette prohibition fut appliquée par Justinien à toute espèce d'*intercessio* pour l'obligation dotale, et notre Code civil en a conservé une trace; le motif en est dans la dignité du mariage (L. 1; L. 2, C., *Ne fidejuss. vel mand. dot.*, 5-20. — Conf., C. C., art. 1550).

La fidéjussion peut se former en un autre lieu que la dette principale; elle peut la précéder, l'accompagner ou la suivre. Elle est nécessairement postérieure, quand l'obligation provient d'un fait illicite; au contraire, si l'obligation garantie porte sur une chose future, la fidéjussion ne prendra définitivement naissance qu'avec elle, et restera, en attendant, conditionnelle (L. 13, § 9, D., *De acceptil.*, 46-4. — *Inst.*, L. III, t. XX, *De fidejuss.*, § 3).

La nécessité de la *prædictio*, imposée au créancier en faveur des *sponsores* et des *fidepromissores*, fut étendue dans la suite à l'hypothèse de la fidéjussion (*Gaius*, III, 123).

Condition juridique des fidéjusseurs. — Le droit commun régissait la *fidejussio*, étrangère aux dispositions spéciales des lois Apuléia et Furia. En d'autres termes, l'obligation du fidéjusseur était perpétuelle et passait à ses héritiers, par exclusion de toute idée de mandat; de plus, il n'avait aucun recours contre ses cofidéjusseurs (L. 39, D., *De fidejuss.*, 46-1. — *Inst.*, L. III, t. XX, *De fidejuss.*, § 2).

Enfin, si l'on suppose plusieurs *fidejussores* engagés pour la même dette, et qu'ils ne soient pas obligés seulement *pro partibus*, chacun d'eux doit la totalité, *singuli in solidum tenentur*. Il n'est pas besoin d'une clause expresse pour autoriser cette rigueur; car elle résulte naturellement de leur réponse, puisqu'ils ont promis la même prestation que l'obligé proprement dit, *idem fidejubes? fidejubeo*. Le créancier peut à son choix diviser sa créance entre le fidéjusseur et le débiteur, ou demander le tout, soit à l'un des deux, soit à qui bon lui semble parmi les cofidéjusseurs, quand il y en a plusieurs; car il n'y a nulle différence d'efficacité entre l'obligation principale et les obligations accessoires (L. 3, § 1, D., *De duobus reis*, 45-2; L. 51, § 3, D., *De fidejuss.*, 46-1).

Seulement, quand le créancier a fait *litis contestatio* avec un de

ces coobligés, son droit contre les autres est épuisé, dans la mesure de la demande; il supporte donc l'insolvabilité du débiteur poursuivi. Cet effet extinctif ne touche d'ailleurs qu'à l'action personnelle du créancier, et ne concerne point ses actions hypothécaires, s'il en a; car l'objet n'en est pas le même (L. 13, § 4, D., *De pignor. et hypoth.*, 20-1. — L. 9; L. 16, C., *De fidejuss.*, 8-41. — *Inst.*, L. III, t. XX, *De fidejuss.*, § 4).

Ce fut à cette condition originaire et dure des fidéjusseurs que des tempéraments successifs furent apportés, sous la forme et par le moyen de trois bénéfices : bénéfice de cession d'actions, bénéfice de division, bénéfice de discussion.

Bénéfice de cession d'actions. — Le *beneficium cedendarum actionum* est le plus ancien dans l'ordre chronologique. Organisé par la jurisprudence, il oblige le créancier que paye le fidéjusseur, à lui céder ses actions dont il n'a plus besoin (Conf., C. C., art. 1251, 2029).

Conditions d'exercice. — Pour obtenir ce bénéfice, le fidéjusseur doit le demander avant le paiement ou la *litis contestatio;* il doit en outre offrir au créancier le montant intégral de la dette; si même il prétend à la cession d'une action hypothécaire, et que l'hypothèque garantisse une autre obligation, il sera forcé d'acquitter cette dernière, outre la sienne (L. 76, D., *De solut.*, 46-3. — L. 2, C., *De fidejuss.*, 8-41).

L'exception de dol est l'arme pratique dont se servira le fidéjusseur pour exiger la cession, si le créancier ne l'accorde pas à l'amiable en le poursuivant. Dans le détail, et notamment à l'égard des trois différences précédemment signalées entre les débiteurs corréaux et les débiteurs solidaires, il subit les règles de la corréalité; cette décision, fertile en résultats, tient au caractère unilatéral et *stricti juris* de la fidéjussion. C'est ainsi notamment que le fidéjusseur ne peut pas se plaindre dans le cas où le créancier n'aurait pas conservé toutes ses actions dans leur intégrité (L. 62, D., *De fidejuss.*, 46-1. — *Contra*, C. C., art. 2037).

Avantages. — L'avantage de la cession est triple pour le fidéjusseur : 1° à l'action de mandat, dont il est investi par le droit commun pour recourir contre le débiteur principal, il peut substituer l'action du créancier, s'il y trouve intérêt; tel le cas où la créance est privilégiée ou susceptible de croître au double par l'*infitiatio* du défendeur; 2° la cession lui donne contre les cofidéjusseurs qui ont

garanti la même dette que lui, un recours qui lui manque de son chef; 3° il est maître d'exercer les droits de gage et d'hypothèque qui appartenaient au créancier, et de s'en prévaloir utilement à l'encontre des tiers détenteurs ou des autres créanciers du débiteur qu'il a garanti; ces *actiones hypothecariæ* sont même les seules dont la cession reste possible après la *litis contestatio* intervenue sur la fidéjussion (L. 39, D., *De fidejus.*, 46-1. — L. 14, C., *De fidejuss.*, 8-41; L. 24, C., *De negotiis gestis*, 2-19).

Bénéfice de division. — La cession d'actions n'était qu'une ressource illusoire pour le fidéjusseur qui avait payé la dette, dans le cas d'insolvabilité du débiteur principal et des *cofidejussores.* En outre, elle exigeait une avance de fonds parfois gênante. Aussi l'empereur Adrien introduisit-il un bénéfice plus avantageux encore pour le fidéjusseur en créant le *beneficium divisionis*, par un célèbre rescrit appelé *Epistola divi Adriani* (*Gaius*, III, 121.— Conf., C. C., art. 2026, 2027).

Comparaison avec la loi Furia. — Le bénéfice de division est analogue mais non identique à la protection que trouvent dans la loi Furia les *sponsores* et *fidepromissores*. Imaginé pour les fidéjusseurs, il fut probablement étendu par la jurisprudence à ceux des autres *adpromissores* qui s'engageaient hors de l'Italie.

Des graves différences de nature et d'effets le distinguent de la loi Furia : 1° la division ne se fait, par proportions viriles, qu'entre les cofidéjusseurs solvables au jour de la *litis contestatio*; les fidéjusseurs supportent donc, jusqu'à la première poursuite, les risques de leur insolvabilité respective, qui ne pèsent pas sur le créancier; 2° la division n'a pas lieu de plein droit, et le fidéjusseur poursuivi doit, lorsque le créancier s'y refuse, l'invoquer par la voie de l'exception *si non et illi solvendo sint*. En conséquence et d'une part, le créancier qui demande le tout ne commet pas une *plus petitio;* d'autre part, si le fidéjusseur poursuivi laisse délivrer une formule pure et simple, il est régulièrement condamné *in solidum*. Enfin, le paiement du tout, qu'il ferait par erreur, ne lui donnerait pas la *condictio indebiti* pour ce qui excède sa fraction (L. 49, § 1, D., *De fidejuss.*, 46-1. — L. 3, C., *De fidejuss.*, 8-41. — *Gaius*, III, 121. — *Inst.*, L. III, t. XX, *De fidejuss.*, § 4).

Conditions d'exercice. — Le bénéfice de division n'est invocable qu'entre cofidéjusseurs, c'est-à-dire entre les personnes engagées pour la même dette du même débiteur, eussent-elles promis en des

lieux et des temps divers, et sous des modalités différentes. Il ne peut donc être invoqué ni par les fidéjusseurs donnés séparément par deux *correi promittendi*, ni par le fidéjusseur principal à l'égard du sous-fidéjusseur. A l'inverse et par exception, lorsqu'un mineur de vingt-cinq ans, devenu fidéjusseur après l'engagement d'un autre fidéjusseur a obtenu ensuite la *restitutio in integrum*, l'autre n'est pas admis à demander la division; car il ne devait pas y compter (L. 27, § 4; L. 48, § 1; L. 51, § 2, D., *De fidejuss.*, 46-1).

Déchéance et renonciation. — Le bénéfice de division est refusé généralement au fidéjusseur qui a commencé par nier son engagement et spécialement au fidéjusseur d'un tuteur; le premier subit une déchéance, le second souffre d'une faveur faite au pupille, *qui non ipse contraxit* (L. 10, § 1, D., *De fidejuss.*, 46-1; L. 12, D., *Rem pupilli.*, 46-6).

Le fidéjusseur peut enfin renoncer expressément ou tacitement à la division; par exemple, sa renonciation est tacite, quand il s'engage sciemment avec un cofidéjusseur investi d'une exception perpétuelle. Le bénéfice *cedendarum actionum* lui reste alors ouvert, mais laisse naturellement à sa charge les risques de l'insolvabilité du débiteur principal et des cofidéjusseurs postérieure à la *litis contestatio*, tandis qu'en invoquant le rescrit d'Adrien, il les eût fait peser sur le créancier. Comme ces deux bénéfices ne se cumulent jamais, c'est au fidéjusseur qu'il appartient de reconnaître et de choisir le plus avantageux dans chaque cas. En général, la division sera préférable; mais il vaudrait mieux recourir à la cession d'actions, si le débiteur principal se trouvait insolvable et que l'obligation fût garantie par des hypothèques suffisantes (L. 48, D., *De fidejuss.*, 46-1. — L. 14, C., *De fidejuss.*, 8-41).

Innovation de Justinien et bénéfice de discussion. — Justinien applique aux fidéjusseurs, comme à tous les codébiteurs corréaux, la règle que le droit du créancier ne sera plus éteint par la demande dirigée contre l'un des coobligés; lorsqu'une première action n'aboutit pas au paiement intégral, la poursuite demeure possible contre tous jusqu'à parfaite satisfaction. Cette suppression de l'effet extinctif de la *litis contestatio* date de l'année 531 (L. 28, C., *De fidejuss.*, 8-41).

Huit ans plus tard, en 539, Justinien reconnut enfin le caractère essentiellement subsidiaire de la fidéjussion. En effet, le fidéjusseur put désormais refuser le paiement et se dérober à l'action du créan-

cier, tant que le débiteur principal n'avait pas été poursuivi, et que son insolvabilité n'avait pas été constatée par la vente préalable ou *discussion* de ses biens. C'est le *beneficium ordinis vel discussionis* (Nov. 4).

Le bénéfice de discussion doit faire l'objet d'une demande expresse, probablement avant toutes défenses au fond; d'ailleurs, pour que le *fidéjusseur* ait le droit de s'en prévaloir, il faut : 1° que le débiteur ne soit pas notoirement insolvable et que ses biens ne soient pas trop difficiles à poursuivre; 2° qu'il ne soit pas absent ou tout au moins qu'il ait laissé un *procurator.* Quand le débiteur principal est absent, le fidéjusseur doit s'engager à procurer sa comparution dans un délai fixé par le juge, sous peine de subir lui-même l'action. Une fois la discussion demandée, le créancier répond de sa négligence; car s'il laisse par ses lenteurs le débiteur principal devenir insolvable, il en supportera le préjudice et ne pourra plus recourir contre le *fidéjusseur* (Nov. 4, ch. 1. — Conf., C. C., art. 2021-2025) (1).

D'après Justinien, le *beneficium discussionis* ne serait pas une institution nouvelle, mais la résurrection d'un très ancien usage tombé plus tard en désuétude. Sans repousser absolument cette assertion, on doit constater le silence des jurisconsultes de la grande époque. Il est seulement hors de doute que, depuis Dioclétien, les cautions engagées pour les débiteurs du fisc jouissaient d'une prérogative tout à fait identique au bénéfice de discussion. Hormis ce cas unique, les fidéjusseurs étaient forcés de remédier à l'oubli de la loi par des conventions spéciales telles que la fidéjussion *indemnitatis,* le mandat et d'autres stipulations dont nous aurons bientôt à parler (L. 4, C., *Quando fiscus,* 4-15. — Nov. 4, ch. 1) (2).

(1) Le *beneficium discussionis* n'appartenait pas aux *argentarii ;* Justinien, dans un but d'intérêt public, ne leur permit pas de renvoyer le créancier poursuivre d'abord le débiteur qu'ils avaient cautionné (Nov. 4, ch. 3, § 1).

(2) Des trois secours organisés par la loi romaine dans l'intérêt des fidéjusseurs, aucun n'a disparu. Les bénéfices de discussion et de division tiennent une place importante dans notre Code civil, et le bénéfice de cession d'actions s'y retrouve sous le nom de subrogation légale (Conf., C. C., art. 1251, 2021-2027).

APPENDICE.

Fidejussio indemnitatis. — *Mandatum pecuniæ credendæ.*

Il convient de rapprocher de la fidéjussion ordinaire deux autres modes d'*intercessio* qui offrent avec elle de nombreux et intéressants points de comparaison; nous voulons parler de la *fidejussio indemnitatis* et du *mandatum pecuniæ credendæ.*

§ I.

Fidejussio indemnitatis.

La fidéjussion *indemnitatis causa* est une espèce de fidéjussion dans laquelle le fidéjusseur, sans s'obliger à toute la dette, promet seulement *quanto minus a reo consequi poterit creditor.* Il arrive parfois en effet qu'un fidéjusseur, au lieu de promettre la totalité ou telle fraction déterminée de l'obligation principale, s'engage uniquement à payer au créancier ce qu'il ne pourra obtenir du débiteur. La formule sera, par exemple, celle-ci : *Quanto minus a Titio consecutus fuero, tantum dare spondes?* Le fidéjusseur ne sait alors, ni s'il devra, ni ce qu'il devra; le créancier est certain seulement de ne rien perdre, puisque une indemnité le dédommagera, le cas échéant, de l'insolvabilité du *reus.* De là vient le nom de *fidejussio indemnitatis* (L. 150, D., *De verb. sig.*, 50-16. — L. 2, C. *De fidejuss. tut.*, 5-57).

Les jurisconsultes romains ne semblent pas s'être toujours entendus sur la nature de la *fidejussio indemnitatis.* Les uns, et parmi eux Celsus, considéraient l'obligation du *fidejussor indemnitatis* comme pure et simple et ils en concluaient à la possibilité d'une action immédiate contre lui (L. 42, pr., D., *De rebus creditis*, 12-1). Les autres, et notamment Paul et Papinien, voyaient au contraire dans cette *fidejussio* une obligation conditionnelle; aussi estimaient-ils que le fidéjusseur ne pouvait pas être poursuivi avant que l'insolvabilité du débiteur principal n'eût été démontrée par une discussion préalable. Ce fut ce dernier système qui paraît avoir prévalu dans le droit classique (L. 116, D., *De verb. oblig.*, 45-1 ; L. 21, D., *De solut.*, 46-3).

Etant admis que l'obligation du *fidejussor indemnitatis* est subordonnée à la condition que le *reus* n'aura pas les moyens de s'acquitter, on tire de là trois conséquences importantes : 1° d'abord, le créancier ne peut pas poursuivre le fidéjusseur avant que le débiteur n'ait été poursuivi et discuté; 2° ensuite, la *litis contestatio* engagée avec le principal obligé ne libère pas le *fidejussor indemnitatis* (1); 3° enfin, le créancier est responsable des retards qu'il a mis à poursuivre le débiteur; aussi doit-il supporter seul les risques de l'insolvabilité du *reus* survenue depuis l'échéance de la dette (L. 150, D., *De verb. sign.*, 50-16; L. 41, pr., D., *De fidejuss.*, 46-1)

Il est facile de s'apercevoir que les innovations successives de Justinien ont presque complètement dépouillé la *fidejussio indemnitatis* de son utilité pratique. Désormais, en effet, l'abolition de l'effet extinctif de la *litis contestatio* et la création du bénéfice de discussion ont supprimé les deux premières conséquences que nous avons signalées. Reste encore cependant, bien que certains auteurs l'aient contesté, l'utilité spéciale que procurait au fidéjusseur *indemnitatis causa* le droit de rendre le créancier responsable de sa négligence à poursuivre le débiteur.

§ II.

Mandatum pecuniæ credendæ.

Il y a *mandatum pecuniæ credendæ*, ou encore *mandatum qualificatum*, lorsque, sur l'ordre et aux risques et périls de Titius, Seius devient créancier de Mœvius, en contractant avec lui et notamment en lui prêtant une somme d'argent.

On avait longtemps douté de la validité d'un pareil mandat parce qu'au premier abord il ne semble pas intéresser le mandant; mais on fit observer avec raison que ce mandat devient juridiquement valable et par conséquent obligatoire pour le mandant dès qu'il a été exécuté, par ce motif qu'alors le mandataire a le droit de se faire indemniser de tout le préjudice que lui cause l'exécution du

(1) La règle *bis de eadem re agi non potest* est écartée ici, parce que l'obligation du débiteur et celle du *fidejussor indemnitatis* n'ont pas le même objet; le premier doit payer sa dette, le second est tenu de suppléer à l'insuffisance du débiteur (L. 150, D., *De verb. sign.*, 50-16).

mandat (*Gaius*, III, 156. — L. 71, § 2, D., *De fidejuss.*, 46-1. — *Inst.*, L. III, t. XXVI, *De mandato*, §§ 5, 6).

L'accomplissement de ce mandat procure au mandataire deux débiteurs : le tiers tenu en vertu du contrat ou du *mutuum* par lui contracté et le mandant qu'on appelle *mandator pecuniæ credendæ* et qui est obligé par suite du mandat qu'il a donné. Le *mandatum pecuniæ credendæ* n'est donc qu'une *intercessio* puisqu'il engendre une sûreté personnelle au profit du créancier; aussi se rapproche-t-il de la fidéjussion avec laquelle il présente d'ailleurs de nombreuses ressemblances.

Ressemblances avec la fidéjussion. — Cinq ressemblances fondamentales sont en effet à signaler entre le fidéjusseur et le *mandator*.

1° Le *mandator pecuniæ credendæ*, tout comme le fidéjusseur, ne peut pas s'obliger *in duriorem causam*; cependant, tandis que l'obligation du *mandator* qui excède l'obligation principale n'est pas nulle mais seulement réductible, l'obligation du fidéjusseur est au contraire nulle pour le tout, c'est du moins le système généralement suivi (L. 22, C., *De fidejuss.*, 8-41; — *supra*, p. 86).

2° Le sénatusconsulte Velléien s'applique à la fois au *mandatum pecuniæ credendæ* et à la fidéjussion puisqu'il défend aux femmes tout acte d'*intercessio* sans aucune distinction (L. 2, D., *Ad senat. Vell.*, 16-1).

3° Lorsque plusieurs *mandatores* sont intervenus à l'occasion d'une même dette, chacun d'eux peut être poursuivi pour le tout comme le pouvait l'être chaque cofidéjusseur; mais, depuis le rescrit d'Adrien, ils jouissent du bénéfice de division au même titre que les cofidéjusseurs (L. 7, D., *De fidejuss. et nom.*, 27-7).

4° Le *mandator* qui a désintéressé le créancier a, en principe, comme tout fidéjusseur, le droit de recourir contre le débiteur principal par l'action *mandati contraria* ou par l'action *negotiorum gestorum* (L. 50, D., *Mandati*, 17-1).

5° Enfin, le *mandator pecuniæ credendæ*, comme le fidéjusseur, peut être actionné par le créancier avant le débiteur, sans pouvoir écarter cette poursuite. Toutefois, le bénéfice de discussion créé par Justinien lui fut appliqué de la même manière qu'au fidéjusseur (L. 56, pr., D., *Mandati*, 17-1) (1).

(1) Cette communauté de règles nous explique pourquoi le Digeste et le Code traitent de ces deux formes d'*intercessio* sous un titre commun, *de fidejussoribus et mandatoribus* (46-1).



Différences avec la fidéjussion. — Mais si la fidéjussion et le *mandatum qualificatum* présentent une grande analogie, il serait cependant inexact de croire que la situation du *mandator* soit toujours juridiquement la même que celle du fidéjusseur. On peut, au contraire, relever entre eux des différences assez considérables. Ces différences tiennent à deux causes : elles viennent d'une part de ce que le *mandator* s'oblige par le mandat, contrat synallagmatique et de bonne foi, tandis que le fidéjusseur s'oblige par la stipulation, contrat unilatéral et de droit strict; elles viennent d'autre part de ce que la *fidejussio* est un contrat accessoire, tandis que le *mandatum pecuniæ credendæ* est un contrat principal entièrement distinct du contrat qui se réalise entre le créancier et le débiteur.

1° Le *mandatum pecuniæ credendæ* précède nécessairement la dette qu'il garantit, tandis que la fidéjussion peut intervenir en même temps que l'obligation principale ou même postérieurement (L. 12, § 14, D., *Mandati*, 17-1).

2° Le *mandatum* étant un contrat consensuel peut se former entre absents, entre sourds ou muets, *per epistolam* ou *per nuntium*. La *fidejussio* étant au contraire un contrat *verbis* exige que les parties soient présentes et qu'elles puissent entendre et parler.

3° La nécessité de la *prædictio* organisée par la loi Cicereia et la restriction de la loi Cornélia qui furent étendues à la fidéjussion ne s'appliquèrent jamais au *mandatum pecuniæ credendæ* (*Gaius*, III, 123, 124).

4° La dette du fidéjusseur a le même objet que l'obligation principale, aussi le *fidejussor* qui paie le créancier libère le débiteur *ipso jure*. Au contraire, la dette du *mandator* n'est pas de même nature que celle du débiteur, le *mandator* ne doit jamais qu'une indemnité; en conséquence, quand il désintéresse le créancier, il ne libère pas de plein droit le débiteur qui ne peut invoquer que l'exception de dol (L. 28, D., *Mandati*, 17-1; L. 95, § 1, D., *De solut.*, 46-3).

Même avant Justinien, la règle que le créancier éteint son droit contre l'un des obligés en poursuivant l'autre, quoique applicable à la fidéjussion, ne concerne pas le *mandatum pecuniæ credendæ*. Il en résulte que le *mandator* déjà condamné ou poursuivi, peut encore, même après la *litis contestatio*, demander au créancier la cession de ses actions contre le débiteur principal et les autres *mandatores* (L. 41, § 1; L. 71, pr., D., *De fidejuss.*, 46-1).

6° Au point de vue de la cession d'actions, le fidéjusseur et le *mandator* sont séparés par toutes les différences déjà signalées entre les codébiteurs corréaux tenus d'une action de droit strict et les codébiteurs simplement solidaires tenus d'une action de bonne foi. On en conclut notamment que le *mandator*, peut se faire décharger lorsque le créancier est dans l'impuissance de faire une cession d'actions complète (L. 28, D., *Mandati*, 17-1 ; L. 95, § 2, D., *De solut.*, 46-3. — Conf., C. C., art. 2037; — *supra*, p. 78).

7° Si la situation du *mandator* a paru jusqu'ici moins rigoureuse, le fidéjusseur est en revanche plus facilement admis à se prévaloir des exceptions nées dans la personne du débiteur. Ainsi le *mandator* ne profite pas de la *restitutio in integrum* accordée au débiteur pour cause de minorité, eût-il ignoré l'âge de ce dernier. La raison de cette différence se trouve dans ce fait que, tandis que le fidéjusseur n'a fait qu'accéder à l'obligation principale, le *mandator* en a provoqué la naissance, il a pris l'initiative, *adfirmator fuit et suasor* (L. 13, pr., D., *De minoribus*, 4-4).

En définitive, le *mandatum pecuniæ credendæ*, quoique mieux organisé que la fidéjussion, ne saurait néanmoins la remplacer dans tous ses usages. Car il est inapplicable aux dettes préexistantes; et parmi les dettes futures, s'il exclut, comme la fidéjussion, les obligations à naître d'un délit, il exclut de plus qu'elle les obligations qui n'impliquent pas le consentement du créancier.

CHAPITRE VII.

DIVISION DES STIPULATIONS.

(*Inst.*, L. III, t. XVIII.)

On sait que le droit romain oppose aux obligations civiles ou consacrées par un acte législatif proprement dit les obligations honoraires ou consacrées par le magistrat. Or, les obligations honoraires sont presque toutes prétoriennes, et l'on peut considérer ces deux expressions comme à peu près synonymes (*Inst.*, L. III, t. XIII, *De oblig.*, § 1, *in fine*).

Deux voies sont ouvertes au magistrat pour créer une obligation. Tantôt il lui donne lui-même l'existence et la munit sans détour

d'une action; c'est lorsqu'il veut attacher une sanction juridique à un fait accompli. Tantôt il contraint une personne à s'engager envers une autre par le contrat de stipulation, et le lien est alors civil dans sa forme et dans ses effets; c'est lorsqu'il s'agit de prévenir un dommage éventuel ou de faire naître des sûretés pour l'avenir. Le choix du magistrat n'est donc pas arbitraire entre ces deux méthodes (L. 27, § 10, D., *Ad legem Aquil.*, 9-2).

La première méthode est employée par le préteur, soit pour étendre, améliorer ou modifier une action civile, qu'on appellera désormais *utilis* dans sa nouvelle application, soit pour combler une lacune et créer de toutes pièces, en l'absence d'une action civile, une véritable action prétorienne qui sera directe et toujours *concepta in factum*. Ni l'un ni l'autre de ces procédés ne trouve sa place dans la théorie de la stipulation. Les actions *utiles*, par leur origine et par leur résultat, les actions *conceptæ in factum*, par les détails de la procédure et de la formule, appartiennent à la matière générale des actions, et c'est là qu'il en sera traité.

L'étude de la seconde méthode, au contraire, se confond avec celle des stipulations qualifiées de prétoriennes, et conduit à la célèbre classification des stipulations que proposent le jurisconsulte Pomponius et l'empereur Justinien (L. 5, D., *De verb. oblig.*, 45-1. — *Inst.*, L. III, t. XVIII, *De divis. stip.*, pr.).

Division des stipulations empruntée aux Institutes. — Les Institutes distinguent quatre classes de stipulations : 1° les *stipulationes conventionales* ou spontanées, qui dérivent de la libre initiative et de la seule volonté des parties; 2° les *stipulationes judiciales* ou judiciaires, que le juge impose dans le cours d'une instance, par exemple les promesses *de dolo* et *de persequendo servo restituendove pretio;* 3° les *stipulationes prætoriæ* ou prétoriennes, qu'ordonne le magistrat lui-même, tantôt au début d'une instance, notamment la *cautio judicatum solvi,* tantôt en dehors de tous procès, comme les promesses *damni infecti* ou *legatorum;* 4° les *stipulationes communes* qui interviennent ordinairement sur l'ordre du magistrat, accidentellement sur l'ordre du juge; telle est la *cautio rem pupilli salvam fore* (*Inst.*, L. III, t. XVIII, *De divis. stip.*, §§ 1, 2, 3, 4).

Cette classification, quadruple en apparence, ne contient en réalité que deux espèces de stipulations; les unes *volontaires*, les autres *nécessaires*. Il n'y a rien à dire des premières, sinon qu'elles

sont multiples et variées comme les intérêts et les circonstances qui les font naître; *quarum totidem genera sunt quot, pene dixerim, rerum contrahendarum* (*Inst.*, L. III, t. XVIII, *De divis. stip.*, § 3, *in fine*).

Quant aux stipulations *nécessaires*, Justinien les subdivise à tort en *prætoriæ, judiciales, communes*; cette symétrie n'est que superficielle et n'a rien de scientifique. Dans un tel système, en effet, une même promesse, appliquée aux mêmes besoins et pourvue de la même sanction, devient parfois *prætoria*, parfois *judicialis*, puisqu'elle emprunte sa dénomination à l'autorité variable qui l'ordonne, et qu'elle reçoit ainsi sa marque juridique d'un fait accidentel.

Division véritable des stipulations. — En laissant de côté les stipulations volontaires ou conventionnelles, les stipulations nécessaires peuvent se diviser en deux grandes classes.

Il en est en effet qui ont pour source le pouvoir réglementaire et législatif du magistrat. Le préteur ou l'édile les organise, non en vue de telle hypothèse déterminée, mais par une disposition générale et pour tous les cas qui peuvent se présenter; il en fixe d'avance les cas d'application et la formule d'emploi. En un mot, elles constituent pour ainsi dire des articles de son Édit. Qu'elles soient ensuites ordonnées, en vertu de ce texte, par le magistrat, par le juge, ou même pratiquées à l'amiable par les intéressés, il n'importe; ce sont les stipulations honoraires ou prétoriennes, créatrices de véritables droits.

Il en est d'autres au contraire qui dérivent simplement des nécessités d'un fait. L'Édit ne les propose pas; mais elles fournissent un procédé commode pour attacher une sanction certaine à des situations constatées. Elles ne créent pas de nouveaux droits; elles sont plutôt la conséquence de droits préexistants, dont elles assurent les effets. Intervenues au cours d'une instance, sur l'ordre du magistrat ou du juge, elles méritent indistinctement le nom de stipulations judiciaires, et se rattachent à la théorie générale des actions qui les occasionnent. Il ne saurait donc être question de leur consacrer une théorie spéciale.

Les stipulations honoraires ou prétoriennes, c'est-à-dire proposées dans l'Édit, *in albo propositæ*, relèvent au contraire d'un ensemble de règles, et forment pour ainsi dire un corps distinct dans l'étude de la loi romaine. Elles ont pour objet, tantôt de faciliter le

fonctionnement de la justice, tantôt d'engendrer des actions en dehors du droit civil; Ulpien les subdivise à ce point de vue en stipulations *judiciales, cautionales* et *communes* (L. 1, pr., D., *De stipul. prætor.*, 46-5).

Elles consistent quelquefois dans une simple promesse personnelle, *nuda repromissio*; plus souvent elles nécessitent l'intervention d'un fidéjusseur, *satisdatio*. Il y en a même qui présentent, suivant les circonstances, l'un ou l'autre de ces deux caractères.

En général, elles contiennent la *clausula doli*, promesse qui rend le débiteur expressément responsable de son dol, et facilite la compensation. Organisées dans l'Édit, elles ne sauraient être modifiées par l'une des parties, sans l'assentiment de l'autre; le magistrat seul a compétence pour trancher les difficultés qui s'élèvent sur les termes, le sens ou la portée de ces stipulations dont il est l'auteur (L. 52, pr., D., *De verb. oblig.*, 45-1). Par conséquent, lorsqu'elles exigent une *satisdatio*, nulle autre garantie ne peut la remplacer. Enfin le *procurator*, c'est-à-dire le mandataire ou gérant d'affaire, est toujours admis à faire ces stipulations, et l'action *ex stipulatu* qui naît alors en sa personne sera facilement, après enquête, ouverte au véritable intéressé (L. 81, D., *De verb. oblig.*, 45-1).

La sanction de ces promesses n'est pas uniforme, et chacune produit ses effets particuliers, qui se révéleront avec les diverses hypothèses, dans l'étude des actions. La seule qui réclame ici quelques détails est la *cautio damni infecti*.

Cautio damni infecti. — Le *damnum infectum* est le dommage encore éventuel, *damnum nondum factum*; quant à la *cautio damni infecti*, c'est l'engagement pris d'avance de le réparer. L'équité du préteur corrige ainsi deux situations qui resteraient sans remède sérieux dans le pur droit civil.

I. — L'une des deux applications de la *cautio damni infecti* est assez rare et peu connue. C'est le cas où l'éventualité du dommage résulte d'un droit réel qu'il s'agit d'exercer sur le fonds d'un tiers; par exemple, le titulaire d'une servitude veut pénétrer sur le fonds servant pour la confection des travaux nécessaires à la servitude qui lui a été consentie. Le préteur ne lui permet pas de refuser au propriétaire du fonds servant une juste garantie, sous prétexte que son droit réel ne l'oblige à rien; il doit donc fournir la *cautio damni infecti*, c'est-à-dire qu'il doit s'engager à réparer tout le préjudice qu'il peut causer (L. 9, § 3; L. 30, D., *De damno infectò*, 39-2).

II. — Le second cas, beaucoup plus pratique, suppose un fonds qui menace de nuire au fonds voisin, soit par une cause naturelle, éboulement de terrain, chute d'un arbre; soit par une cause artificielle, travaux que le maître se propose d'y entreprendre, destination incommode ou mauvais état de constructions, etc. (L. 7; L. 39, pr., D., *De damno infect.*, 39-2).

La faculté d'exiger la *cautio* n'appartient qu'au propriétaire menacé, aux détenteurs responsables de la garde de la chose, et par extension à l'usufruitier, au superficiaire, au gagiste; encore faut-il que le droit commun ne leur assure pas une action en indemnité. La même faveur ne fut jamais accordée au possesseur de bonne foi (L. 11; L. 18, pr.; L. 33, D., *De damno infect.*, 39-2).

L'obligation de fournir la *cautio* ne pèse que sur le propriétaire du fonds qui menace ruine ou sur le possesseur quand la propriété n'est pas certaine (L. 39, § 1, D., *De damno infecto*, 39-2).

Le droit s'exerce indistinctement, à cause de l'urgence, devant le préteur lui-même ou devant les magistrats municipaux. Le demandeur doit ordinairement *jurare de calumnia*, c'est-à-dire faire serment qu'il n'agit point dans un esprit de chicane. La *cautio* consiste en une simple promesse (*nuda repromissio*), à moins que le promettant n'y figure sans y être obligé par l'Édit, et pour le compte d'autrui; ainsi l'usufruitier et le gagiste, entre autres, devraient fournir des fidéjusseurs, *satisdare* (L. 1; L. 7; L. 10, D., *De damno infect.*, 39-2).

La *cautio* fixe toujours un terme qui doit en éteindre les effets, sauf à la renouveler si le besoin persiste. Une autre clause constante exprime la transmissibilité des obligations ou droits des parties à leurs ayant-cause quelconques, universels ou même à titre particulier (L. 13, § 15; L. 24, § 1, D., *De damno infect.*, 39-2).

Si la *cautio damni infecti* est refusée, une sanction énergique s'attache à l'ordre du magistrat. Un premier décret envoie le demandeur en détention de tout ou partie de l'*ædes ruinosa;* cette mesure, purement conservatoire, ne le met point à même d'usucaper, ni d'expulser le propriétaire récalcitrant; elle l'autorise seulement à prévenir le dommage, et cesse dès que la *cautio* est fournie et que ses frais légitimes lui sont remboursés. Mais quand la résistance se prolonge, après un délai variable, le magistrat rend, après examen des circonstances, *causa cognita*, un nouveau décret dont les conséquences sont plus graves; ce second *de-*

cretum a pour effet de clore définitivement le débat, en attribuant la propriété prétorienne au *missus in possessionem,* qui se trouve dès lors *in causa usucapiendi*, malgré l'offre tardive d'une sûreté quelconque (L. 15, §§ 11, 16, D., *De damno infect.*, 39-2. —Conf. C. C., art. 1386. — *Voir* t. I, p. 154).

APPENDICE.

CONTRATS VERBAUX AUTRES QUE LA STIPULATION.

La stipulation était certainement à Rome le plus important des contrats verbaux, mais elle n'était pas l'unique contrat de ce genre. Les textes nous signalent encore deux autres manières de s'obliger *verbis*, ce sont la *dictio dotis* et la *jurata promissio liberti*. Elles ne s'appliquent d'ailleurs qu'à des hypothèses spéciales et entre personnes limitativement déterminées (1).

Dictio dotis. — Le *dictio dotis* est l'un des trois modes classiques de constitution de la dot, et rentre par conséquent dans la théorie générale qui en a été présentée. Pour des motifs inconnus, elle ne peut émaner que de la femme, de son débiteur, agissant sur son ordre, ou de l'ascendant paternel qui a la *patria potestas;* quant à la *filiafamilias* elle ne peut pas procéder à la *dotis dictio* (*Ulpien*, R., t. VI, § 2. — F. V., § 99).

Nous ignorons quelles sont exactement les formalités constitutives de la *dotis dictio;* il est à présumer que le constituant prononce, sans question préalable ni réponse ultérieure du mari, des paroles solennelles dont la formule est probablement ainsi conçue : ***Fundus ille tibi doti erit; decem talenta tibi doti erunt***, etc. (Térence, ***Andrienne***, act. V, scèn. IV).

La *dotis dictio* n'existe plus sous Justinien; elle est tombée en désuétude, du jour où Valentinien et Théodose, en 428, ont déclaré obligatoire la simple promesse de dot à titre de pacte légitime (L. 6, C., *De dotis promissione*, 5-11).

Jurata promissio liberti. — Un maître, en affranchissant son esclave, veut se réserver le droit de lui demander certains services,

(1) Plusieurs interprètes du droit romain ajoutent encore à cette liste des contrats verbaux le *receptitium argentarii;* mais l'opinion la plus plausible n'y voit qu'un pacte légitime se formant *solo consensu* (L. 21, C., *Const. pecunia.*, 4-18).

operæ. Avant la *manumissio*, il ne saurait se former entre eux aucun lien de créance, puisque l'esclave est incapable de s'obliger civilement; après l'affranchissement, l'esclave devenu libre refusera peut-être de s'engager. Les Romains tournaient alors la difficulté à l'aide d'un procédé assez singulier. On enchaînait d'abord la conscience de l'esclave au point de vue religieux, par un serment qu'il prêtait de fournir des *operæ*; puis le maître opérait la *manumissio*, et l'affranchi transformait ensuite sa dette morale en une dette civile, par un serment nouveau qu'il n'avait pas sans doute l'indélicatesse de refuser. Ainsi le premier serment, dépourvu en lui-même de sanction juridique, servait de cause au second, qui formait le contrat et produisait une action. Tel est du moins le droit classique (L. 7, D., *De operis libert.*, 38-1; L. 44, pr., D., *De liberali causa*, 40-12).

La *jurata promissio liberti* n'exige ni question préalable ni réponse ultérieure du patron; on doit seulement l'articuler de vive voix, sans paroles solennelles. Ouverte aux affranchis, même impubères, elle n'est accessible à nulle autre personne. Elle n'engendre aucun effet, lorsque l'affranchissement concerne un *liber in servitute* ou qu'il intervient, non sur la volonté spontanée du maître, mais en exécution d'une obligation préexistante, notamment d'un fidéicommis (L. 7, §§ 4, 5, D., *De operis libert.*, 38-1; L. 44, § 2, D., *De liber. causa*, 40-12).

Contrairement à l'opinion de plusieurs auteurs, il est permis de croire que la *jurata promissio liberti* avait encore une existence au moins nominale dans le droit de Justinien, car il en est question plusieurs fois au Digeste. Mais elle avait dû perdre toute utilité pratique, remplacée qu'elle était par la stipulation proprement dite ou par l'action de dol (*Gaius*, III, 83).

Remarque. — La *dictio dotis* et la *jurata promissio liberti* étant des contrats verbaux, il faut en principe les soumettre à toutes les règles de la stipulation en tant que ces règles ne sont pas incompatibles avec leur nature propre. C'est ainsi, par exemple, qu'il faut leur appliquer sans aucun doute l'*adpromissio* et l'*acceptilatio*; c'est encore ainsi que l'action qui les sanctionne est une *condictio*, *certi* ou *incerti* suivant les cas.

CHAPITRE VIII.

CONTRAT *LITTERIS*.

(*Inst.*, L. III, t. XXI.)

Le contrat *litteris* des anciens Romains n'est plus connu sous Justinien; le Digeste et le Code y font rarement allusion, et les Institutes en proclament l'abandon (*Inst.*, L. III, t. XXI, *De litter. oblig.*, pr.,). Quelques passages de Cicéron, cinq ou six phrases concises de Gaius, une ligne des Fragments du Vatican, c'est là toute la part qui lui est laissée dans les sources classiques et juridiques. Aussi ne doit-on pas s'étonner que la théorie du contrat *litteris* soit encore restée obscure par quelques points et qu'elle n'ait pas été complètement élucidée.

§ I.

Contrat litteris entre Romains.

Chez les Romains, peuple essentiellement pratique, ce devint une habitude nationale, dès que l'écriture fut répandue, de tenir des registres domestiques, où chaque chef de famille mentionnait scrupuleusement tous les événements relatifs à son patrimoine. Le citoyen les inscrivait d'abord, sans ordre méthodique et jour par jour, sur les *adversaria*, sorte de brouillon ou livre-journal; à la fin du mois, il les transportait sur le livre régulier, *codex* ou *tabulæ*, divisé sans doute en recettes et dépenses, *acceptum, expensum.*

Le *codex* avait une très grande importance, même au point de vue politique. Il servait de base à l'appréciation des fortunes, et par conséquent à la répartition des citoyens dans les diverses classes organisées par Servius Tullius. L'usage en était tellement général que Cicéron qualifie de *novum et ridiculum* l'allégation qu'un Romain s'en est dispensé, et son respect va même jusqu'à marquer ces *tabulæ* d'un caractère presque religieux (Cicéron, *Pro Roscio*, 2-3. — *In Verrem*, II, L. I, n° 23).

Il résulte de là que le *codex*, à la différence des *adversaria*, pou-

vait faire preuve en justice, même au profit de son auteur. En cas de désaccord entre les *tabulæ* de deux adversaires, c'était au juge que revenait le soin de prononcer d'après les circonstances; il était d'ailleurs libre de chercher ailleurs la lumière. Les inscriptions portées sur le *codex* à titre simplement probatoire se nommaient *arcaria nomina*; elles n'avaient rien de commun avec le contrat littéral (*Gaius*, III, 131, 132. — Conf., C. C., 1329, 1330, 1331).

Formation du contrat litteris. — Quels sont donc les éléments qui font des mentions inscrites sur le *codex*, non plus seulement la preuve, mais la source et la cause d'une obligation?

Le consentement et la capacité jouent dans le contrat *litteris* le même rôle qu'en tous les autres; il faut donc de toute nécessité que les parties consentent et qu'elles soient capables de contracter. Mais ce contrat est de plus soumis à des conditions spéciales de forme et d'objet.

Forme. — Pour sa forme, ce contrat suppose deux mentions inscrites par le sujet actif sur son *codex*, à l'exclusion de tout autre livre ou de feuilles volantes. Elles constatent deux numérations fictives, l'une faite au créancier pour éteindre une créance réelle ou imaginaire, l'autre faite par le créancier, en qualité de prêt, à un débiteur ancien ou nouveau. La première de ces mentions est l'*acceptum*, la seconde l'*expensum*; c'est de là que les interprètes ont tiré le nom d'*expensilatio* (*expensum ferre*). Cette nécessité d'une double inscription à titre d'*acceptum* et d'*expensum* sur le codex du créancier paraît être aujourd'hui une vérité démontrée. Cependant on dit encore quelquefois, mais à tort suivant nous, que la seule mention de l'*expensum* devait être suffisante pour faire naître l'obligation littérale (Cicéron, *De off.*, III, 14).

Aucune écriture corrélative n'est d'ailleurs requise sur le registre du débiteur; telle est du moins l'opinion généralement admise. Sans doute, si le débiteur est honnête et s'il tient régulièrement ses propres *tabulæ*, l'opération s'y trouvera mentionnée. Mais en fût-il autrement, le contrat ne resterait pas moins parfait, car sans cela il eût été trop facile au débiteur de se soustraire à son obligation. La preuve seule en deviendra plus facile; car un doute surgissant, le créancier devra alors établir qu'il a porté l'inscription sur son livre avec le consentement du débiteur. Dans l'usage, on évitait ces contestations en faisant intervenir des témoins, *pararii*, qui venaient attester que les mentions avaient été portées par le créancier sur son

codex du consentement formel du débiteur (*Gaius*, III, 138. — Cicéron, *Pro Roscio*, 3. — Sénèque, *De benef.*, II, 23).

Objet. — Par son objet le contrat *litteris* se confond avec le *mutuum* d'argent, dont il est en quelque sorte le simulacre. En effet, dans tous les textes de Gaius, l'*expensum*, c'est-à-dire la valeur qui correspond à l'*acceptum* et qui a la même nature, est invariablement pécuniaire; quand le jurisconsulte signale la possibilité de convertir une obligation préexistante en obligation littérale, c'est toujours la dette d'un acheteur ou d'un locataire, jamais d'un vendeur ou d'un bailleur, qu'il cite pour exemple. On rencontre ici la preuve nouvelle de la tendance des Romains au symbolisme. Car leur contrat *litteris* n'est au fond que l'image et la supposition d'un *mutuum pecuniæ numeratæ*, dont les deniers sont réputés provenir d'un remboursement antérieur qui n'a rien de réel. En dernière analyse, il n'y faut voir que le résultat convenu d'une double numération d'espèces et qu'un prêt fictif d'argent (1).

Parallèle avec la stipulation. — Les jurisconsultes romains mettent souvent le contrat *litteris* sur la même ligne que la stipulation; comme elle, en effet, il est solennel, unilatéral, de droit strict, et donne naissance à une dette rigoureusement indépendante des causes qui ont pu déterminer en réalité le consentement; comme elle aussi, du moins dans la théorie que nous acceptons avec la plupart des commentateurs, il peut constituer une novation (L. 38, D., *De oblig. et act.*, 44-7).

L'*expensilatio* diffère cependant de la stipulation sur plusieurs points essentiels : le contrat *litteris* exclut la condition expresse; car il est la supposition d'un fait matériel de numération tenu pour accompli (F. V., § 329); 2° l'obligation qui en résulte a toujours pour objet une somme d'argent déterminée, par conséquent est divisible de sa nature, et produit nécessairement une *condictio certæ pecuniæ;* 3° l'*expensilatio* est accessible aux absents, aux muets et aux sourds, bien qu'ils soient incapables de figurer dans la stipulation. Mais, en sens contraire, les pérégrins et les personnes *alieni juris* ne sauraient par ce moyen acquérir de créance pour eux-mêmes ou pour le *paterfamilias*, puisqu'ils n'ont pas de *codex* et ne peuvent pas en avoir (*Gaius*, III, 138. — Cicéron, *Pro Cœlio*, 7; *Pro Roscio*, 4-5).

(1) L'*expensilatio* pouvait probablement aussi, comme le *mutuum*, porter sur des denrées (Cicéron, *In Verrem*, I, 39).

Utilité du contrat litteris. — L'utilité pratique ou plutôt la fonction de l'*expensilatio* est double.

Tantôt, en l'absence de tout rapport de droit préexistant, le contrat *litteris* sert à créer une obligation originaire; par exemple, je vous fais une donation, je vous ouvre un crédit, en vous permettant de porter un *expensum* à mon compte sur votre *codex*.

Tantôt, indentique ou pareil à la novation, il remplace une obligation antérieure. C'est ici le plus ordinaire de ses rôles, et l'usage en a tiré son nom le plus classique et le plus habituel; Gaius l'appelle *transcriptio*, et qualifie les créances qui en découlent de *nomina transcriptitia*. Or la *transcriptio* s'opère de deux manières : 1° Il y a *transcriptio a re in personam*, lorsque, du gré de mon débiteur je porte sur mon livre comme *acceptum* et puis *expensum* l'argent qu'il me doit pour une cause quelconque, achat, louage, société, *mutuum*. J'y trouve l'avantage de transformer les trois premiers contrats, qui sont de bonne foi, en un contrat *litteris*, qui est de droit strict. Quant à la conversion du *mutuum*, elle me dispense de prouver que les deniers par moi livrés m'appartenaient, et qu'il y a eu véritablement *mutui datio*. 2° Il y a *transcriptio a persona in personam*, lorsque, de votre assentiment, je porte sur mon livre, comme *acceptum* et puis *expensum* à votre profit, la somme due par mon débiteur qui vous délègue.

Deux personnes sont mises en jeu dans le premier cas, trois dans le second; mais dans l'un et dans l'autre, une dette nouvelle remplace une ancienne dette éteinte de plein droit (*Gaius*, III, 128, 130. — Cicéron, *De Offic.*, III, 14) (1).

§ II.

Contrat litteris des pérégrins.

De même que la stipulation, primitivement inaccessible aux pérégrins, avait fini par les embrasser dans le vaste cercle de son application pratique, de même participèrent-ils jamais au contrat *litteris?* On sait déjà que sa forme le rendait forcément impropre à leur acquérir des créances; car ils n'avaient pas de *codex*. Bien

(1) Lire dans Cicéron l'anecdote du banquier syracusin Pythius et du chevalier romain Canius, elle donne un exemple bien connu de *transcriptio a re in personam* (*De Officiis*, L. III, ch. 14).

qu'on ne pût leur y refuser le rôle de débiteur pour cette seule raison, ils furent toujours exclus de la *transcriptio a persona in personam;* les textes l'affirment. Sur la *transcriptio a re in personam,* Gaius constate, entre les Sabiniens et les Proculiens, une dissidence qu'il ne tranche pas. La question ne concerne d'ailleurs que les pérégrins proprement dits; les Latins, tout au moins les *Latini veteres*, pouvaient incontestablement s'obliger *litteris* (*Gaius*, III, 133. —*Tite-Liv.*, XXXV, 7).

Mais bien avant l'existence des deux écoles de jurisconsultes, les pérégrins faisaient usage de deux sortes d'écrits, qui remplaçaient pour eux l'*expensilatio*. Ce sont les *syngraphæ* (σύν γράφειν) et les *chirographa* (χείρ γράφειν); ici l'écriture, au lieu d'émaner du créancier, est l'œuvre du débiteur, et se présente sur des feuilles volantes ou billets séparés. Le *syngrapha,* plus antique, et souvent mentionné dans les vieux auteurs latins, se rédige en double et porte la signature des deux parties : le *chirographum* n'est signé que du débiteur et reste dans les mains du créancier (Cicéron, *In Verrem*, II, 36).

Malgré de vives discussions encore pendantes, il est probable que ces deux sortes d'écrits produisent par eux-mêmes l'obligation, et ne servent pas seulement à la prouver. Gaius semble bien en effet le dire d'une manière très nette quand il déclare, que ce fut là une espèce d'obligation propre aux pérégrins, *quod genus obligationis proprium peregrinorum est.* Cette solution paraît surtout vraisemblable à l'égard du *syngrapha* (*Gaius*, III, 134).

Il est certain, du reste, que les Romains les introduisirent l'un et l'autre dans leurs mœurs, comme moyens de preuve (L. 47, § 1, D., *De pactis*, 2-14 ; L. 41, § 2, D., *De usuris*, 22-1).

§ III.

Contrat litteris dans le droit de Justinien.

L'usage du *codex* avait disparu longtemps avant Justinien, et l'ancien contrat *litteris* ne pouvait lui survivre (*Inst.*, L. III, t. XXI, *De litter. oblig.*, pr.) (1).

(1) Les banquiers (*argentarii*) furent les derniers chez qui se conserva pendant longtemps l'usage de plus en plus altéré des *nomina transcriptitia*, et c'est à

Mais un nouveau contrat de même nom n'en a-t-il pas pris la place? Les Institutes semblent bien l'affirmer, *fit ut hodie scriptura obligetur* (*Inst.*, L. III, t. XXI, *De litter. oblig.*, pr.).

Supposons que Titius, en prêtant de l'argent à Seius, exige de l'emprunteur une reconnaissance écrite, *instrumentum*, *cautio*. L'acte générateur de sa créance, ce n'est pas l'écrit, c'est le prêt qui s'y trouve constaté. S'il arrive ensuite que Seius nie sa dette, la preuve sera naturellement à sa charge; car il a contre lui sa reconnaissance du fait obligatoire (L. 25, § 4, D., *De probat.*, 22-3).

Qu'on suppose à présent Seius tenu d'une obligation, soit *verbis*, soit *litteris*, qu'il a contractée envers Titius au moment et pour la confirmation d'un *mutuum*. La cause de sa dette est alors en fait dans le prêt, en droit dans la stipulation ou dans le contrat littéral. Seulement la jurisprudence et le préteur, si le prêt n'a pas eu lieu, concèdent une exception au débiteur ainsi trompé, l'exception *doli mali*. Mais quand il invoque cette ressource et conteste la réalité du versement de deniers en vue duquel il s'est engagé, sur qui retombe la preuve? Sur lui, car c'est au défendeur à justifier de ses exceptions, *reus in excipiendo fit actor* (L. 1, D., *De exceptionibus*, 44-1).

Par le rapprochement de ces deux hypothèses on voit que l'existence d'un écrit soit probatoire, soit obligatoire, impose également, en principe, le fardeau de la preuve au débiteur qui nie. A ce point de vue, *codex*, *chirographum* et *cautio* tendent à se confondre pour des esprits superficiels.

Exception non numeratæ pecuniæ. — Une raison plus forte encore de confusion, provint de l'application qui leur fut indistinctement faite d'une règle dérogatoire au droit commun. Les empereurs du troisième siècle, dans le but de prévenir des fraudes qui, paraît-il, étaient assez fréquentes en pratique, rejetèrent sur le créancier, mais seulement en matière de prêt d'argent, la nécessité d'établir que les espèces avaient été véritablement comptées. Donc, que le débiteur soit obligé par l'effet d'un *mutuum* constaté dans un écrit probatoire, ou par l'effet d'un contrat, soit *verbis*, soit *litteris* si l'on en use encore, adjoint à un *mutuum*, il peut dans les deux cas, sans aucune différence, contester la numération des deniers par l'exception *non numeratæ pecuniæ*, et dans les deux cas, le créancier se verra forcé de prouver la réalité du prêt.

leur occasion qu'on trouve encore dans le Digeste quelques vestiges de l'ancien contrat *litteris* (L. 9, D., *De pactis*, 2-14).

Cette exception célèbre, qu'on retrouvera plus tard, n'est d'ailleurs invocable que dans les cinq ans, et depuis Justinien dans les deux ans qui suivent la rédaction de l'*instrumentum* ou la formation du contrat ajouté au *mutuum*. Pendant ce délai, le débiteur peut mettre son adversaire en demeure de démontrer la numération des espèces, et s'il n'y réussit pas, de lui restituer le billet ou de lui faire acceptilation de la dette contractée sans cause. Dans le dernier état du droit, le débiteur avait même un moyen de rendre l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* perpétuelle et de conserver ainsi le droit de l'opposer en tout temps; il lui suffisait de faire, dans les deux ans de la rédaction de l'écrit ou de la formation du contrat, une déclaration sur les registres du magistrat, *apud acta*. Mais, s'il a laissé passer ce délai, sans opposer l'exception, sans réclamer sa libération par la *condictio chirographi* et sans faire la déclaration dont il vient d'être question, il se trouve irrévocablement obligé; son silence a pris la valeur d'un aveu décisif et la présomption de réalité du prêt exclut toute preuve contraire (L. 4, C., *De cond. ex leg.*. 4-9; L. 3; 14, C., *De non numerat. pecun.*, 4-30. — *Inst.*, L. III, t. XXI, *De litter. oblig.*, pr., *in fine*) (1).

En résumé, dans le droit des Institutes, l'expiration du délai de deux ans produit un effet définitif. Car de deux choses l'une : ou bien le contrat adjoint au *mutuum*, et qui est toujours à cette époque la stipulation, recouvre la force que lui avait enlevée la présomption de l'inexistence du prêt; le débiteur est alors tenu *ex stipulatu*. Ou bien, s'il n'y a eu qu'un simple écrit probatoire, *instrumentum, cautio*, les assertions écrites en deviennent pour l'avenir inattaquables; mais à quel titre alors le débiteur est-il tenu? S'il fallait en croire Justinien, la dette proviendrait de l'écrit, et c'est ici que l'empereur aperçoit une sorte de contrat littéral, *scriptura obligatur*. Mais il est visible que l'écrit ne peut à lui seul, après deux ans, sans consentement réciproque, constituer un contrat; son unique rôle est donc de prouver, avec une force désormais invincible, le contrat préexistant de *mutuum*. Le terme de deux ans affecte la

(1) Il va sans dire que le Code civil ne connaît pas l'exception *non numeratæ pecuniæ;* cependant, il convient de signaler la disposition exceptionnelle d'un décret impérial rendu le 17 mars 1808 et obligatoire pour dix ans; ce décret supposant une obligation souscrite par un non-commerçant au profit d'un Juif, soumettait le porteur de l'écrit à la nécessité de prouver que la valeur en avait été fournie entière et sans fraude.

preuve du droit, mais n'en change pas l'origine. En conséquence, le débiteur est tenu *ex mutuo*, en vertu d'un *mutuum* légalement présumé.

La conclusion à tirer, c'est qu'au temps de Justinien il n'y a plus d'obligation *litteris*. Les rédacteurs des Institutes eussent mieux fait d'abandonner la division quadruple des contrats, qui ne correspondait plus à la pratique de leur époque, ou d'y remplacer le fantôme du contrat littéral par la réalité vivante des contrats innomés.

CONTRATS RÉELS.

(*Inst.*, L. III, t. XIV.)

Les contrats ***réels*** sont ceux qui se forment ***re, qui perficiuntur re;*** ils exigent donc la tradition d'une ***res;*** dès lors, ils portent tous sur des choses corporelles. Il y en a quatre : 1° le ***mutuum*** ou prêt de consommation; 2° le *commodatum*, commodat, ou prêt à usage; 3° le *depositum*, dépôt; 4° le *pignus*, gage. Tous ces contrats sont réels parce qu'ils se forment par la livraison d'une chose; mais la tradition ne tend pas chez tous au même but et ne produit pas les mêmes effets. Ainsi, dans le *mutuum*, la tradition est translative de propriété; dans le gage, elle transfère la possession; dans le commodat et le dépôt, elle engendre simplement la détention.

CHAPITRE IX.

MUTUUM.

(*Inst.*, L. III, t. XIV, pr., § 1.)

Le ***mutuum*** est un contrat réel, nommé, unilatéral et de droit strict, par lequel l'une des parties transfère la propriété d'une certaine quantité de choses fongibles à l'autre partie qui s'engage à lui en rendre autant. Il correspond au ***prêt de consommation*** de notre Code civil (Conf., C. C., art. 1892-1914).

Ce contrat est de beaucoup le plus important de tous les contrats réels au double point de vue théorique et pratique; il se distingue d'ailleurs très nettement du commodat, du dépôt ou du gage. Il s'en distingue d'abord en ce que la tradition faite *mutui causa* est essentiellement translative de propriété. Il s'en sépare encore à un autre point de vue; dans les trois autres contrats réels, la tra-

dition une fois réalisée laisse une pleine liberté au consentement des parties; dans le *mutuum*, elle agit comme les *verba* dans la stipulation, comme les *litteræ* dans le contrat littéral, et devient la mesure précise de l'obligation; par exemple, après une tradition de dix *ex mutuo*, il ne peut-être dû que dix, jamais onze ou neuf en principe. Enfin le commodat, le dépôt et le gage produisent tous une dette de corps certain et des actions *incertæ* et *bonæ fidei;* tan dis que le *mutuum* engendre au contraire une dette de genre et une action *certa stricti juris* (*Gaius*, III, 90).

§ I.

Éléments constitutifs du mutuum.

Trois éléments sont nécessaires à la formation du *mutuum* : 1° une translation de propriété; 2° l'intention réciproque de s'obliger chez les contractants; 3° la fongibilité des choses prêtées.

I. — **Translation de propriété.** — *Il faut une translation de propriété du prêteur à l'emprunteur;* en d'autres termes, le *mutuum* suppose une *datio*, qui se réalise par les modes d'acquérir du droit commun. Tant que la translation de propriété n'a pas eu lieu, tant qu'il n'y a pas eu de tradition le contrat n'existe pas; il n'y a qu'une convention de prêter qui n'a d'autre valeur juridique que celle d'un simple pacte (1). Le *tradens* devra donc faire preuve de la *mutui datio,* quand il poursuivra son remboursement. De là l'usage d'ajouter au *mutuum* une stipulation qui a pour objet la valeur prêtée; il n'y a pas alors coexistence de deux contrats, ni transformation du *mutuum* en stipulation par l'effet d'une novation; car il faudrait dans l'un ou l'autre cas prouver la *datio*, ce qu'on veut éviter. Il ne survit dès le début qu'un seul contrat formé *verbis*, qui a pour cause la translation de propriété (L, 6, § 1; L. 7, D., *De novationibus*, 46-2).

Par une suite inévitable de cette première condition, il est nécessaire que le *tradens* puisse aliéner. De là découlent plusieurs conséquences intéressantes.

1° Le *tradens* n'est pas propriétaire, ni fondé de pouvoirs du pro-

(1) En droit français aussi, le prêt est un contrat réel qui ne se forme que par la livraison de la chose (art. 1892); mais chez nous, la simple promesse de prêter est par elle-même obligatoire comme toutes les conventions (art. 1134 C. C.).

priétaire. Alors le *mutuum* est nul et ne produit aucune action contractuelle. Mais si l'*accipiens* détient encore les deniers en nature, ou les a consommés de mauvaise foi, le droit commun le rend passible de la revendication ou de l'action *ad exhibendum* au profit du *dominus*. S'il les a consommés de bonne foi, il est tenu envers le *tradens* d'une *condictio sine causa*, qui n'a d'autre source que son enrichissement. Du reste, le *tradens* sera lui-même tenu de céder au *dominus* cette action ou ce qu'il en aura retiré; sinon, il ferait un gain inexplicable aux dépens d'autrui (L. 11, § 2; L. 12, D., *De rebus creditis*, 12-1).

2° Le *tradens* est incapable d'aliéner, comme le pupille. La nullité du *mutuum* ne fait non plus aucun doute; seulement, en vertu de règles déjà posées dans la théorie de la tutelle, on a déjà vu que le pupille se trouve investi, suivant les cas, de l'une ou de l'autre des trois actions désignées dans le cas précédent. Par exception, il peut exercer la *condictio* même après la consommation de mauvaise foi, si la preuve de cette mauvaise foi, lui paraît trop difficile (L. 19, § 1, D., *De rebus creditis*, 12-1. — *Voir* t. I, p. 236).

3° Comme il est de principe qu'on ne saurait acquérir de créance à un tiers, la *mutui datio* doit être l'œuvre du prêteur lui-même ou d'une personne qui agisse avec son consentement, comme son esclave, son fils de famille ou son mandataire (L. 2, § 4, D., *De rebus creditis*, 12-1).

De là vint une divergence célèbre entre le vieux droit et le droit moins rigide des grands jurisconsultes. Elle se manifeste dans trois cas principaux : 1° je vous remets un objet quelconque, pour le vendre et garder le prix à titre de prêt; 2° je vous permets de toucher de l'argent qui m'est dû, et d'en user comme de deniers prêtés; 3° vous me devez une somme en qualité de mandataire, et je vous autorise à la retenir en qualité d'emprunteur. Dans aucune de ces hypothèses, suivant la doctrine scrupuleuse d'Africain, il n'y avait *mutuum*, parce que la translation de propriété n'émanait pas du créancier. L'analyse plus délicate et l'interprétation plus souple d'Ulpien faisaient intervenir ici l'idée de la tradition *brevi manu*, c'est-à-dire la fiction de deux numérations successives, et par conséquent arrivait à constater la formation d'un *mutuum* (L. 11; L. 15, D., *De rebus creditis*, 12-1; L. 34, D., *Mandati*, 17-1).

Plus tard, et tout au moins à propos du prêt d'argent, on écarta franchement le principe, en admettant que, même sans notre ordre et à notre insu, nous devenons créanciers par une numération, faite en notre nom, de nos deniers ou des deniers du *tradens* (L. 9, § 8, D., *De rebus creditis*, 12-1; — *supra*, p. 41).

II. — **Intention réciproque de produire une obligation.** — *Il faut l'intention réciproque de produire une obligation;* car les deux parties manquent-elles de cette volonté, l'acte constitue alors une donation. Ne fait-elle défaut que chez l'une des parties, l'acte n'est alors ni donation ni *mutuum*, faute de consentement, et le *tradens* n'a qu'une *condictio sine causa* pour recouvrer les choses aliénées (L. 18, D., *De rebus creditis*, 12-1; L. 36, D., *De acq. rer. dom.*, 41-1).

Il résulte de cette deuxième condition que l'*accipiens* doit avoir la capacité de s'obliger. S'il est incapable, la tradition lui procure néanmoins la propriété : mais aucune poursuite ne peut l'atteindre comme emprunteur, et il n'est tenu qu'en raison de son enrichissement et dans les limites mêmes de son enrichissement, *quatenus locupletior factus erit.*

Le sénatusconsulte Macédonien, rendu probablement sous le règne de Vespasien, décida que les prêts d'argent faits à des fils de famille ne donneraient aucune action. C'est au chapitre des *Exceptions* qu'on saisira mieux cette prohibition spéciale (Suétone, *Vespasien*, 11. — *Inst.*, L. IV, t. VII, *Quod cum eo*, § 7).

III. — **Choses fongibles.** — *Il faut que le prêt ait pour objet des choses fongibles;* cette troisième condition s'induit d'une analyse exacte de l'intention des contractants et de la nature du contrat.

En effet, ce ne sont pas les objets aliénés eux-mêmes, mais autant d'objets de la même espèce, que l'emprunteur doit rendre au prêteur : son obligation de restituer ne porte pas *in specie*, mais *in genere*. Voilà bien l'interprétation nécessaire et la portée logique de la translation de propriété, qui manquerait autrement le but de l'emprunteur. D'ailleurs, entre la *datio* et l'obligation, entre ce qui est aliéné par le prêteur et ce qui est dû par l'emprunteur, il doit y avoir égalité complète et parfait équilibre; car l'obligation n'a d'autre cause et d'autre mesure que la dation, puisque le *mutuum* se forme *re*. Il est donc indispensable que les choses prêtées et les choses rendues se représentent exactement les unes les autres, en un mot, qu'elles soient fongibles, c'est-à-dire qu'elles puis-

sent se remplacer les unes par les autres, dans l'intention des parties, *quarum una alterius vice fungitur*.

Le moyen pour le débiteur de réaliser cette équivalence, bien différente de l'identité, c'est de restituer une égale quantité de choses de même nature et même qualité. Or la quantité n'est certaine que par la numération, le pesage ou le mesurage; de là vient la règle que le *mutuum* a, en principe, pour objet les choses *quæ numero, pondere mesurave constant* (*Inst.*, L. III, t. XIV, *Quibus modis re*, pr.).

Cette formule embrasse donc, en droit comme en fait, les choses qui, à nombre ou poids égal, ou sous une même mesure, peuvent rendre les mêmes services, telles sont principalement la monnaie, les denrées alimentaires et généralement tous les produits naturels ou industriels qui se consomment par le premier usage. On doit y comprendre aussi les produits susceptibles de résister plus ou moins à l'usage, mais faciles à remplacer exactement, comme les livres, les étoffes et même les animaux. Quant aux esclaves et aux immeubles, dont la valeur intrinsèque est éminemment individuelle, il ne paraît pas que les Romains les aient jamais introduits en fait dans la sphère d'application du *mutuum* (*Gaius*, III, 90. — L. 2, § 1, D., *De rebus creditis*, 12-1).

D'ailleurs, il faut admettre que la fongibilité dépend de l'intention des parties, et à ce titre, les choses exclusivement fongibles ne doivent pas se confondre avec les choses consomptibles. Car, tout ce qui se consomme par le premier usage n'est pas nécessairement fongible; on peut citer comme exemple la dernière bouteille du vin de telle récolte, et les fruits ou les pièces de monnaie que je vous prêterais *ad solam ostentationem*.

§ II.

Effets du mutuum.

Le *mutuum* résultant de la *datio*, qui a été faite à titre de prêt c'est la *mutui datio* qui détermine tous les effets du contrat. Or, la *mutui datio* aboutit à deux résultats. D'abord elle détermine la quantité, la nature et la qualité des choses dues par l'emprunteur; car il suffit et il faut que les choses aliénées soient comptées, pesées ou mesurées; l'*accipiens* est tenu de rendre, non pas *idem*, mais *tantumdem* (*Gaius*, III, 90).

Ensuite la *mutui datio* met les contractants dans l'impuissance d'élever leur volonté au-dessus du fait; en d'autres termes, l'obligation *ex mutuo* ne saurait être ni alternative, ni supérieure à la quantité reçue, *re enim non potest obligatio contrahi nisi quatenus datum sit.* Cette règle n'apporte d'ailleurs aucun obstacle à la validité d'une condition, d'un terme, de la corréalité, et généralement de toutes les clauses qui s'ajouteraient au *mutuum* et dont le but ne serait point d'altérer l'équivalence de la dation et de la dette (L. 17, pr., D., *De pactis,* 2-14; L. 7; L. 8, D., *De rebus creditis*, 12-1) (1).

Le *mutuum* est unilatéral, de droit strict, et produit une *condictio certi* rarement appelée *actio mutui* (L. 5, C., *Quibus non objicitur,* 7-34. — *Inst.*, L. III, t. XIV, *Quibus modis re*, pr.).

Il n'est pas besoin de dire que l'*accipiens*, débiteur d'un *genus*, supporte tous les risques, et que son obligation ne saurait s'éteindre par la perte de l'objet. Si même il éprouve quelque préjudice par suite de la mauvaise qualité des choses empruntées, il n'a d'autre ressource que l'action non contractuelle *de dolo*, et peut-être à défaut de dol, une action *in factum* (Conf., C. C., art. 1898).

§ III.

Intérêts.

Le *mutuum* est essentiellement gratuit, puisque la dette n'y doit pas dépasser le prêt, et que l'emprunteur n'est pas tenu à rendre une quantité plus forte (L. 17, pr., D., *De pactis*, 2-14). Mais ce contrat eût rapidement disparu de la pratique, si la théorie n'avait laissé aux prêteurs le moyen d'obtenir un dédommagement légitime. Or, il est bien vrai que le *mutuum* ne peut à lui seul engendrer des intérêts; il ne le peut en l'absence de convention, parce que la loi ne fait courir de plein droit les *usuras moræ* que dans les contrats de bonne foi; il ne le peut en vertu de simples conventions qu'on lui adjoindrait, parce que son effet obligatoire se mesure exactement sur la *res*, nonobstant toute volonté contraire.

(1) On pourrait toutefois convenir que l'*accipiens* rendra moins qu'il n'a reçu; mais alors l'opération se décomposerait; il y aurait *mutuum* jusqu'à concurrence de ce qui doit être restitué et donation pour le surplus (L. 11, § 1, D., *De rebus creditis*, 12-1).

Cependant la dette d'intérêts prend valablement naissance dans un contrat qu'on ajoute au *mutuum*, et ce contrat est la stipulation. On verra bientôt, dans l'exposé des pactes, disparaître en général cette nécessité trop gênante; il faut néanmoins constater qu'elle ne fléchit jamais à l'égard du prêt d'argent monnayé, de beaucoup le plus usuel et le plus important. Certaines exceptions y furent seulement apportées; dès l'époque classique, un pacte suffisait à produire les intérêts dans le *nauticum fœnus* (prêt à la grosse) et pour les sommes prêtées par les villes; on appliqua la même faveur aux prêts de denrées. Justinien allant plus loin encore décida que les intérêts courraient de plein droit au profit des banquiers (L. 30, D., *De usuris*, 22-1; L. 5, § 1, D., *De nautico fœnore*, 22-2. — Nov. 136, ch. 4).

Taux de l'intérêt. — Libre à l'origine, le taux de l'intérêt fut restreint par les Douze-Tables au *fœnus unciarium*, qui signifie vraisemblablement un douzième du capital par an, et donne, soit un peu plus de 8 p. 100 pour l'année primitive de dix mois, soit 10 p. 100 environ pour l'année de douze mois. Depuis Cicéron jusqu'à Justinien, les Romains pratiquèrent l'usage grec de prêter à 1 p. 100 par mois, ce qui fixa l'intérêt à 12 p. 100 par an; c'est à ce chiffre que se réfèrent, dans la jurisprudence et la littérature classiques, les mots de *centesimæ usuræ*, *legitimæ usuræ;* sur ce fondement, les *usuræ semisses* ou *trientes* sont la moitié ou le tiers de l'intérêt légal, c'est-à-dire 6 p. 100, 4 p. 100, etc. Justinien abaissa le taux normal à 6 p. 100 par an, hormis dans certains cas particuliers (Tacite, *Annales*, VI, 16, 21. — L. 26, C., *De usuris*, 4-32. — Conf., C. C., art. 1907; Loi du 3 sept. 1807; Loi du 12 janvier 1886) (1).

L'intérêt usuraire était primitivement restitué au quadruple, et plus tard imputé sur le capital ou réclamé par la *condictio indebiti* (*Paul*, S., L. II, t. XIV, § 2. — Conf., Loi du 19 déc. 1850).

Principes généraux. — Deux principes dominent la matière : 1° Le montant des intérêts conventionnels actuellement dus ne peut jamais dépasser le capital; ainsi, quand ils l'égalent par leur accu-

(1) Ainsi les *illustres* ne pouvaient stipuler au delà du 4 0/0; les commerçants pouvaient convenir du 8 0/0 et le taux du *nauticum fœnus* qui, jusque-là, avait été illimité, fut fixé au 12 0/0 (L. 26, C., *De usuris*, 4-32). Le taux maximum des prêts de denrées était fixé à un huitième de la valeur prêtée, c'est-à-dire au 12,50 0/0 (Nov. 34, ch. 1).

mulation, la loi les arrête, de crainte que l'accroissement indéfini de la dette ne ruine le débiteur. Il y avait là comme une prime pour les emprunteurs inexacts. Justinien fut moins injuste en décidant que, du jour où la somme d'intérêts payés s'élèverait au double du capital, la dette serait éteinte, excepté dans l'hypothèse d'annuités dues aux villes (L. 10; L. 29, C., *De usuris*, 4-32).

2° L'anatocisme est prohibé d'une manière absolue; c'est l'intérêt de l'intérêt. Dioclétien alla jusqu'à noter d'infamie ceux qui le recevraient; mais l'*usuraria pravitas* n'en fut point arrêtée, puisque Justinien dut renouveler la prohibition (L. 20, C., *Ex quibus causis*, 2-12; L. 28, C., *De usuris*, 4-32. — Conf., C. C., art. 1154).

CHAPITRE X.

COMMODAT.

(*Inst.*, L. III, t. XIV, § 2.)

Le commodat est un contrat réel, nommé, synallagmatique imparfait et de bonne foi, par lequel l'une des parties livre gratuitement une chose corporelle à l'autre partie, pour que celle-ci puisse s'en servir, à charge de la rendre *in specie* après en avoir fait l'usage convenu. La personne qui prête la chose s'appelle commodant, *commodans*; la personne qui la reçoit se nomme commodataire, *commodatarius*; ce contrat correspond au ***prêt à usage*** de notre Code civil (Conf., C. C., art. 1875-1891).

§ I.

Eléments constitutifs du commodat.

On exige la réunion de trois circonstances pour la formation de ce contrat. Il faut d'abord que le commodant livre la chose au commodataire pour que celui-ci en use; il faut ensuite que le créancier ne stipule aucune rémunération; il faut enfin que le prêt porte sur des choses envisagées *in specie*.

I. — **Faculté d'user.** — Le commodataire doit avoir la faculté de retirer de la chose une utilité formellement ou tacitement déter-

minée. Il n'obtient ni la propriété, ni le droit réel d'usage, ni même la possession proprement dite; la simple possibilité d'user réalise l'intention des parties. De là résulte que le commodant n'a nul besoin d'être propriétaire de ce qu'il livre; fût-il possesseur de mauvaise foi, fût-il voleur, le contrat n'en subsisterait pas moins et produirait ses effet normaux entre les contractants (L. 8; L. 15; L. 16, D., *Commodati,* 13-6. — Conf., C. C., art. 1877).

Mais il est tout au moins nécessaire que le *tradens* et l'*accipiens* aient la capacité de s'obliger ou d'aliéner, ce qui revient au même; car le commodat peut de sa nature entraîner des obligations réciproques. Quand cette capacité fait défaut à l'un des deux, le contrat ne prend naissance qu'à l'égard de l'autre, suivant les principes généraux.

Comme il appartient aux parties de fixer à leur gré l'usage que le commodataire aura droit de retirer de la chose, le commodat porte indistinctement sur toute espèce d'objets corporels *in commercio,* meubles ou immeubles. Il est même applicable aux *res quæ primo usu consumuntur*, comme l'argent monnayé ou les denrées alimentaires; il suffit que les contractants ne les aient point destinées à la consommation et qu'elles soient prêtées *ad pompam et ostentationem* (L. 1, § 1; L. 3, § 6; L. 4, D., *Commodati,* 13-6; L. 17, pr., D., *De prescript. verbis,* 19-5. — Conf., C. C., art. 1878).

II. — **Gratuité.** — La gratuité est de l'essence du commodat. Lorsque l'usage de la chose est rémunéré, l'opération, de quelque nom qu'on l'ait qualifiée, revêt une tout autre nature; elle devient un louage si la rémunération est pécuniaire, un contrat innomé si la rémunération ne consiste pas en argent. Cette remarque est importante; car le louage se forme par le seul consentement, tandis que le commodat suppose une tradition, et que nulle action ne peut naître d'une simple promesse de prêter (*Inst.*, L. III, t. XIV, *Quibus modis re,* § 2, *in fine*. — Conf., C. C., art. 1876).

III. — **Nécessité de restituer in specie.** — Le commodataire doit être tenu de restituer, au terme fixé, l'objet même que lui a livré le commodant; son obligation ne porte pas *in genere*, mais *in specie; non ita res datur ut ejus fiat, et ob id, de ea re ipsa restituenda tenetur*. A défaut de cette condition, il pourrait y avoir échange, vente, *mutuum*, contrat innomé; il n'y aurait pas commodat (*Inst.*, L. III, t. XIV, *Quibus modis re*, § 2).

§ II.

Effets du commodat.

La *res* a pour résultat ici de consacrer et de rendre obligatoires les conventions formelles ou tacites des parties, non d'en limiter les conséquences. Par suite, le commodat ne saurait être unilatéral comme le *mutuum*; mais il n'est pas non plus synallagmatique comme la vente, le louage ou la société. Car au début, l'*accipiens* seul est engagé; cependant il peut arriver que des faits accidentels et postérieurs, dont la cause se trouve dans le contrat, engagent le *tradens* à son tour. De là vient l'expression moderne de contrats synallagmatiques imparfaits qu'on applique au commodat et aux autres contrats analogues.

Ce contrat engendre deux actions : l'une, l'action *commodati directa* à la charge du commodataire; l'autre, l'action *commodati contraria* à la charge du commodant. Elles sont toutes deux *bonæ fidei*, civiles, personnelles et ordinairement *conceptæ in jus* (*Gaius*, IV, 47).

Obligations du commodataire. — Le commodataire est tenu de trois obligations principales :

1° Le commodataire ne peut retirer de la chose que l'usage convenu, sous peine d'avoir à réparer le préjudice causé. Si même il contrevient de mauvaise foi à ce devoir, il commet un *furtum usus* et devient passible de l'action *furti* (L. 5, § 8, D., *Commodati*, 13-6. — *Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. ex delicto*, § 6. — Conf., C. C., art. 1880).

2° Débiteur et par suite gardien d'un corps certain, il est d'abord responsable de la perte ou détérioration provenue de son dol. En outre, par application d'un principe spécial aux débiteurs qui ont un intérêt personnel dans le contrat, il est responsable de la *culpa levis in abstracto*; cette formule signifie qu'on exige du commodataire, à l'égard de la chose prêtée, les soins et la vigilance du père de famille le plus diligent, et qu'il répond de toute espèce de faute. Mais, en revanche, les risques des cas fortuits ne sont pas à sa charge, s'il ne les a lui-même occasionnés ou s'il ne s'en est pas chargé par une clause du contrat (*Inst.*, L. III, t. XIV, *Quibus modis re*, § 2).

Des conventions expresses ou des circonstances de fait peuvent d'ailleurs modifier cette situation normale du commodataire. C'est ainsi qu'on le déclare responsable même des cas fortuits, si la chose a été estimée lors du contrat. A l'inverse, quand le contrat intéresse à la fois les deux parties, l'*accipiens* n'est en général tenu que de la *culpa levis in concreto*, c'est-à-dire des négligences qu'il ne commettrait pas dans la gestion de ses propres affaires. Enfin, sa responsabilité se limite au dol, dans les rares hypothèses où le commodat n'intéresse que le commodant (L. 5; §§ 3, 10; L. 18, D., *Commodati*, 13-6. — Conf., C. C., art. 1880, 1882).

3° Le commodataire doit restituer la chose à l'époque convenue et dans l'endroit désigné; cette restitution ne comprend pas seulement la chose elle-même, mais encore les fruits et produits qu'elle lui a donnés (L. 5, D., *Commodati*, 13-6; L. 38, § 1, D., *De usuris*, 22-1) (1).

Obligations du commodant. — Malgré certaines divergences de textes, le commodant ne répond jamais de sa faute, à moins qu'il n'ait dans le contrat un intérêt personnel. Les obligations qui peuvent lui incomber sont au nombre de deux :

1° Il doit indemniser le commodataire des dommages qu'il lui a causés par son dol, par exemple, en lui prêtant sciemment des *tigna vitiosa* pour servir d'étais, ou des *vasa vitiosa* pour conserver des liquides. Dans cet ordre d'idées, il y aurait dol à retenir un enrichissement réalisé même de bonne foi aux dépens du commodataire; ainsi le commodant qui a reçu de l'*accipiens* le prix de la chose perdue par ce dernier, et qui la recouvre ensuite, est contraint à restituer l'une ou l'autre des deux valeurs (L. 17, § 5; L. 18, § 3; L. 21, D., *Commodati*, 13-6. — Conf., C. C., art. 1891).

2° Le commodant doit, en second lieu, indemniser le commodataire des dépenses extraordinaires qu'a pu nécessiter la conservation de la chose; il est tenu par exemple de rembourser les sommes consacrées à sauver l'esclave prêté d'une maladie grave, à le reprendre dans sa fuite, etc. Mais il va de soi que le commodataire supporte les dépenses ordinaires et qui sont la charge même de

(1) Le commodant n'aurait pas le droit d'exiger la *res commodata* avant l'échéance du terme fixé pour la restitution, encore bien qu'il lui surviendrait un besoin pressant et urgent de la chose (L. 7, § 3, D., *Commodati*, 13-6. — *Contra*, C. C., art. 1889).

l'usage, par exemple, les frais de nourriture de l'esclave (L. 18, §§ 2, 3, D., *Commodati*, 13-6. — Conf., C. C., art. 1890).

Le commodant est passible de l'*actio commodati contraria;* cette qualification laisse entendre que ses obligations, à la différence de celles du commodataire, ne sont qu'une suite accidentelle et médiate du contrat. Les deux actions directe et contraire ont d'ailleurs le même caractère de bonne foi. En conséquence, si le commodataire est poursuivi par le commodant, il a le droit de lui opposer ses propres réclamations ou créances, sous la forme d'exception ou de compensation. Il était cependant indispensable de l'investir à son tour d'une action, pour tous les cas où le commodant ne voudrait ou ne pourrait agir lui-même. De plus, en supposant que la créance du commodataire fût supérieure à sa dette, la compensation n'eût pas été un remède suffisant; car le juge, après l'avoir absous, n'aurait eu aucun moyen de lui procurer la différence, puisqu'il n'entrait jamais dans sa mission de prononcer de condamnation contre le demandeur (L. 18, § 4, D., *Commodati*, 13-6).

Le commodataire jouit du droit de rétention à l'encontre du commodant, jusqu'à satisfaction complète; peut-être Dioclétien l'en a-t-il dépouillé par un texte assez obscur (L. 15, § 2; L. 59, D., *De furtis*, 47-2. — L. 4, C., *De commod.*, 4-23. — Conf., C. C., art. 1885).

§ III.

Du précaire et de sa comparaison avec le commodat.

Le droit romain connut, à côté du commodat, une institution à la fois analogue et différente qu'on appelle *precarium* ou précaire et qu'il ne faudrait pas confondre avec la détention précaire du droit français (1).

Il y a *precarium* lorsque, sur la prière d'une personne, on lui livre une chose, pour en user gratuitement tant qu'il plaira au concédant. *Precarium est quod precibus petenti utendum conceditur, tamdiu quamdiu is qui concessit patitur.* Le précaire résulte le plus souvent d'une demande expresse et d'une concession formelle, quelquefois d'une tolérance tacite; il est tantôt isolé, tantôt l'accessoire

(1) On pourrait cependant rapprocher du précaire romain les concessions provisoires de jouissance, faites à des particuliers par l'État, les départements ou les communes, sur les biens de leur domaine public.

d'un contrat (L. 1, pr., D., *De precario*, 43-26. — ***Paul***, S., L. V., t. VI, § 11).

Ressemblances. — Le précaire et le commodat présentent plus d'une analogie. 1° Ils ont tous deux le même caractère de libéralité, puisqu'ils impliquent un usage gratuit; mais, comme on n'y aperçoit aucune aliénation, ils n'appartiennent pas à la classe des donations proprement dites. 2° L'un et l'autre exigent la remise effective de la chose par la tradition. 3° Pour faire une concession précaire, comme pour faire un commodat, il n'est pas nécessaire d'être propriétaire, il suffit d'avoir la capacité généralement requise pour faire sa condition pire. 4° Enfin, dans le commodat comme dans le précaire, la restitution doit se faire ***in specie***.

Dissemblances. — Mais il existe entre eux de nombreuses dissemblances.

1° Tandis que le commodat s'applique uniquement aux objets corporels, le précaire peut aussi se former par la quasi-tradition d'un droit susceptible de constituer une servitude personnelle ou prédiale (L. 15, § 2, D., *De precario*, 43-26).

2° A la différence du commodat, qui suppose un terme formel ou tacite pour la restitution, il est de l'essence du précaire de cesser ***ad nutum concedentis***, si bien que la fixation d'un terme y serait non avenue. Le concédant ou ***rogatus*** n'est grevé d'aucune obligation, et ne doit pas même le remboursement des impenses nécessaires (L. 12, D., *De precario*, 43-26).

3° Si par certains côtés qui viennent d'être indiqués, la situation du précariste est inférieure à celle du commodataire, elle lui est, en revanche supérieure à tous les autres points de vue. C'est ainsi qu'il est investi d'une véritable possession, sinon à l'égard du concédant, au moins envers les tiers; il en résulte qu'il pourra invoquer les interdits possessoires dès qu'il sera troublé dans sa possession. Il a en outre le droit d'employer la chose à tous les usages qu'elle comporte, et bénéficie des fruits tant que la restitution ne lui est pas réclamée. Jusqu'à cette demande, il ne répond que de son dol ou de la ***culpa lata*** équivalente au dol, non de ses fautes simples (L. 8; L. 17, D., *De precario*, 43-26).

4° Mais le trait saillant du précaire, c'est qu'il ne constitue pas un contrat : de là viennent deux conséquences originales : 1° le précariste n'était passible d'aucune action personnelle pour la restitution, et le *rogatus* se serait vu réduit à l'action réelle en reven-

dication, si le préteur n'eût de bonne heure comblé cette lacune par la création de l'interdit *de precario;* 2° le précaire était intransmissible aux héritiers du précariste, non-seulement pour l'avenir comme un mandat, mais encore pour le passé; ces héritiers n'étaient ni les ayant-cause de leur auteur, ni les continuateurs de sa possession, ni responsables de son dol, ni tenus de l'interdit *de precario;* on ne pouvait leur demander la restitution que par un interdit général *de clandestina possessione* (L. 12, § 1; L. 14, D., *De precario,* 43-26).

Ces deux règles de l'ancienne théorie disparurent dans le droit postérieur. Contre le précariste fut donnée une action proprement dite, *condictio incerti* aux yeux de Julien, *præscriptis verbis* et partant contractuelle aux yeux d'Ulpien. Contre ses héritiers fut donné l'interdit *de precario;* peut-être, si la doctrine d'Ulpien resta fidèle à l'idée de contrat innommé qui l'inspirait, faut-il y joindre l'action *præscriptis verbis* (L. 2, § 2; L. 8, § 8; L. 19, § 2, D., *De precario,* 43-26. — L. 2, C., *De precario,* 8-9).

Origine du précaire. — D'après une conjecture assez vraisemblable, l'origine du précaire se trouverait dans l'habitude qu'avaient autrefois les patriciens de concéder à leurs clients des terres et des valeurs pécuniaires, comme les pères de famille à leurs enfants. Ce rapprochement du précaire et du pécule explique suffisamment les règles précédentes sur le droit de révocation du concédant, sur l'irresponsabilité du précariste, sur l'inexistence d'une action civile, etc. Il est d'ailleurs certain que le précaire du temps classique était sorti de sa sphère primitive, et que les parties l'appliquaient fréquemment dans les relations ordinaires de la vie; on en rencontrera les principales applications dans la vente et surtout dans le gage (Festus, v° *Patres*).

CHAPITRE XI.

DÉPÔT.

(*Inst.*, L. III, t. XIV, § 3.)

Le dépôt est un contrat réel, nommé, synallagmatique imparfait et de bonne foi, par lequel l'une des parties livre un meuble cor-

porel à l'autre partie, qui prend gratuitement l'obligation de le garder et de le restituer *in specie* à première réquisition. La personne qui effectue le dépôt s'appelle déposant, *deponens ;* celle qui le reçoit s'appelle dépositaire, *depositarius* (Conf., C, C., art. 1915-1963).

A l'origine, le dépôt s'effectuait par une aliénation accompagnée d'un contrat de fiducie ; le déposant transférait la propriété de la chose déposée au dépositaire par un mode ordinaire, mancipation, *cessio in jure* ou tradition et le dépositaire s'obligeait *contracta fiducia* à la lui retransférer. Cette méthode avait l'avantage de mettre à la disposition du dépositaire, pour recouvrer la chose en cas de vol, deux armes efficaces, c'est-à-dire la revendication et la *condictio furtiva*. Cependant elle avait de graves inconvénients : car le déposant risquait de ne pouvoir, à l'heure choisie, obtenir la retranslation de propriété du dépositaire infidèle ou devenu incapable ; l'*usureceptio ex deposito* avait bien été imaginée pour éviter ces inconvénients, mais ce n'était qu'un palliatif insuffisant (*Gaius*, II, 60. — *Voir* t. I, p. 189).

Aussi l'aliénation fiduciaire fut-elle remplacée par la simple remise matérielle de la chose déposée, de telle sorte qu'à l'époque classique, la tradition faite *depositi causa* ne transfère plus la propriété (L. 17, § 1, D., *Depositi*, 16-3).

§ I.

Éléments constitutifs du dépôt.

Le dépositaire, simple détenteur comme le commodataire a de moins que celui-ci la faculté d'user de la chose. Pour la formation du dépôt, soumis d'ailleurs aux mêmes règles de capacité que le commodat, il faut trois circonstances : il est indispensable en effet que la *res deposita* consiste en un meuble corporel, que le dépositaire ne soit pas rémunéré et qu'il s'engage à restituer *in specie*.

I. — *Meuble corporel.* — Le dépôt exige d'abord que l'objet soit susceptible de déplacement ; en d'autres termes, ce doit être un meuble corporel. La garde d'un immeuble se rapprocherait plutôt du mandat (Conf., C. C., art. 1918).

II. — *Gratuité.* — Le dépositaire ne doit recevoir aucun salaire ; toute rémunération fournie ou promise changerait l'opération en louage ou contrat innommé. Ce caractère assimile encore le dépôt

au commodat; mais si l'*accipiens* reçoit un service gratuit dans le commodat, c'est lui qui le rend dans le dépôt (L. 1, §§ 8, 10, D., *Depositi*, 16-3. — Conf., C. C., art. 1917).

III. — *Nécessité de restituer in specie.* — Il est de l'essence du dépôt que le dépositaire soit obligé de restituer *in specie*, à première réquisition; sinon, l'acte prendrait un tout autre caractère que nous aurons bientôt à préciser; l'*accipiens* doit donc rendre *idem* et non par *tantumdem* (*Inst.*, L. III, t. XIV, *Quibus modis re*, § 3. — Conf., C. C., art. 1932).

§ II.

Effets du dépôt.

Dans le même sens et pour les mêmes motifs que le commodat, le dépôt oblige l'une des parties et peut obliger l'autre; il crée deux actions toutes deux *bonæ fidei*, personnelles, civiles et *conceptæ in jus*; l'une, l'action *depositi directa* grève le dépositaire, l'autre, l'action *depositi contraria* est à la charge du déposant.

Obligations du dépositaire. — Le dépositaire contracte, dès le début, trois engagements :

1° Il ne doit retirer de la chose aucun usage, sous peine de commettre un *furtum usus* qui le rendrait passible de l'action *furti* (L. 29, pr., D., *Depositi*, 16-3. — *Gaius*, III, 196, 197. — Conf., C. C., art. 1930).

2° Irresponsable des cas fortuits et de ses fautes simples, le dépositaire doit réparer tout le préjudice causé par son dol ou sa faute grave. Si sa responsabilité l'engage moins que celle du commodataire, c'est qu'il n'a pas d'intérêt personnel dans le contrat. Il est clair que des conventions expresses peuvent modifier cet état de droit; mais par exception, et sans nulle clause formelle, le dépositaire répond de la *culpa levis in abstracto* lorsqu'il s'est offert de lui-même au dépôt, et supporte les risques des cas fortuits lorsqu'il est seul intéressé dans le contrat (*Inst.*, L. III, t. XIV, *Quibus modis re*, § 3. — L. 1, § 35; L. 32, D., *Depositi*, 16-3; L. 4, D., *De rebus creditis*, 12-1. — Conf., C. C., art. 1926, 1927) (1).

(1) Serait nulle la convention qui affranchirait le dépositaire de toute responsabilité, même de son dol (L. 1, § 7, D., *Depositi*, 16-3).

3° Le dépositaire doit enfin restituer la chose à première réquisition; cette obligation porte également sur les fruits, produits et autres accessoires qui ont pu survenir depuis le dépôt. Le dépositaire n'est pas d'ailleurs admis à se prévaloir du terme fixé par la convention et qui ne profite qu'au créancier (L. 1, §§ 45, 46, D., *Depositi*, 16-3. — *Paul*, S., L. II, t. XII, § 7. — Conf., C. C., art. 1944).

Ces trois engagements du dépositaire sont garantis par l'action *depositi directa*, essentiellement de bonne foi; car les Romains considéraient le dépôt comme sacré, *res sacra depositum*. Par une conséquence qui ne lui est pas absolument spéciale, cette action entraîne l'infamie contre le dépositaire condamné. Mais à la différence de toute autre poursuite contractuelle, elle peut s'intenter, sans la condition d'un enrichissement, contre le pupille *doli capax* qui a reçu un dépôt *tutore non auctore*, et sanctionne après l'affranchissement le dépôt fait à l'esclave, s'il détient encore la chose (L. 1, § 15; L. 21, § 1, D., *Depositi*, 16-3).

Quand il y a plusieurs dépositaires, ils sont tous engagés *in solidum* (L. 1, § 43, D., *Depositi*, 16-3).

Obligations du déposant. — Deux obligations peuvent peser sur le déposant :

1° Il doit réparer les dommages provenus, non-seulement de son dol, mais de sa faute quelconque, puisqu'il est seul intéressé dans le contrat (L. 5, pr., D., *Depositi*, 16-3).

2° Il doit rembourser toutes les dépenses ordinaires ou extraordinaires que le dépositaire a faites en vertu du contrat ou par nécessité, pour le soin ou la nourriture de l'animal déposé, etc. (L. 23, D., *Depositi*, 16-3. — Conf., C. C., art. 1947).

Ces obligations du déposant sont garanties par l'action *depositi contraria* qui présente tous les caractères ordinaires de l'action *depositi directa*, mais qui cependant n'est pas *famosa*.

Le dépositaire a-t-il également un droit de rétention? Les textes ne sont pas d'accord sur ce point (L. 11, C., *Depositi*, 4-34. — *Paul*, S., L. II, t. XII, § 12. — *Coll. leg. Mos.*, t. X, ch. 2, § 6. — Conf., C. C., art. 1948).

§ III.

Variétés de dépôt.

Il y a trois cas dans lesquels les éléments essentiels du dépôt reçoivent des modifications plus ou moins profondes; ces espèces particulières de dépôt sont : le dépôt *nécessaire*, le dépôt *irrégulier*, et le *séquestre*.

Dépôt nécessaire. — Lorsque le dépôt a lieu sous la pression d'un péril imminent et d'une nécessité urgente, par exemple en cas de tumulte, d'incendie ou de naufrage on l'appelle *depositum necessarium* ou *miserabile*. Le déposant n'a pas eu, dans cet événement, la liberté de son choix et mérite une protection plus énergique. Aussi quand le dépositaire nie le dépôt, ou quand il rend par son dol la restitution impossible, il est condamné *in duplum*, sévérité que les Douze-Tables appliquaient jadis à tout dépôt et que le préteur restreignit à cette hypothèse (L. 1, §§ 1, 4, D., *Depositi*, 16-3. — *Paul*, S., L. II, t. XIX, § 11).

Le *depositum miserabile* présente de plus cette règle spéciale, que les héritiers du dépositaire y sont tenus moins rigoureusement que leur auteur. Car non-seulement le dol de leur auteur ne les fait pas condamner au double, mais ils n'en répondent au simple que durant une année, et ne restent débiteurs après ce terme que dans la mesure de leur enrichissement (L. 18, D., *Depositi*, 16-3. — Conf., C. C., art. 1949-1954).

Dépôt irrégulier. — Lorsque Titius confie à Seius une somme d'argent, en lui donnant le droit de s'en servir à la charge de rendre à première réquisition, non pas les mêmes écus, mais une somme égale, l'opération tient à la fois du *mutuum* et du dépôt.

Cependant les jurisconsultes considèrent encore l'opération comme un véritable dépôt, ils voient là ce qu'on appelle un *dépôt irrégulier*, parce que l'élément prédominant d'un tel contrat est la nécessité de restituer à première réquisition. Les conséquences de ce point de départ sont graves; car un simple pacte, qui n'aurait pu créer une dette d'intérêts à côté du *mutuum*, en aura la force dans le dépôt, et les risques de l'argent livré pèseront sur le créancier tant que le débiteur ne s'en sera pas servi. Il paraît que le dépôt irrégulier se pratiquait surtout chez les banquiers, libres par ce

moyen de rentrer à volonté dans les fonds qu'ils plaçaient (L. 24; L. 25, § 1, D., *Depositi*, 16-3) (1).

On doit éviter de confondre le dépôt irrégulier avec la conversion du dépôt en *mutuum;* pour qu'il y ait dépôt irrégulier, il faut que dès la formation du contrat, les parties soient convenues que le dépositaire pourra se servir de la chose et la restituer *in genere*. Si cette convention n'est intervenue que postérieurement, il y a conversion du dépôt en *mutuum* et le débiteur est tenu non pas de l'*actio depositi*, mais de la *condictio ex mutuo* (L. 9, § 9; L. 10, D., *De rebus creditis*, 12-1).

Séquestre. — Le séquestre, *sequestrum*, *sequestratio*, est un dépôt qui a pour but de sauvegarder les intérêts contraires de plusieurs personnes. Il ne suppose pas nécessairement un procès, mais il s'applique presque toujours en fait à des choses litigieuses; de là vient qu'il est tantôt volontaire et tantôt nécessaire, c'est-à-dire ordonné en justice. Le tiers chargé de ce dépôt s'appelle *sequester*, et l'action dont il est passible *actio depositi sequestraria* (L. 12, § 1, D., *Depositi*, 16-3; L. 110, D., *De verb. sign.*, 50-16. — Conf., C. C., art. 1955-1963).

Le séquestre diffère à plusieurs points de vue du dépôt ordinaire :

1° Il est susceptible d'avoir pour objet un immeuble aussi bien qu'un meuble (Conf., C. C., art. 1959).

2° Il émane nécessairement de plusieurs déposants; mais la créance de chacun d'eux est conditionnelle, et la condition, qui consiste d'ordinaire dans le gain du procès, ne s'accomplira pas au profit de l'un sans défaillir au préjudice de l'autre. En attendant, ni l'un ni l'autre ne peut exiger ou recevoir la chose déposée (L. 5, § 2; L. 17, pr., D., *Depositi*, 16-3. — Conf., C. C., art. 1960).

3° Le *sequester* est admis à toucher un salaire; il peut aussi, pour des causes graves, réclamer du magistrat décharge de son obligation; dans ce cas, la chose est déposée dans un temple jusqu'à ce que le litige soit tranché (L. 1, § 9; L. 5, § 2, D., *Depositi*, 16-3. — Conf., C. C., art. 1657).

4° La possession juridique est souvent attribuée au *sequester*; elle profite alors, en fin de compte, à la partie victorieuse qui

(1) Le droit romain accordait un privilège à ceux qui avaient déposé de l'argent chez un banquier; mais les textes ne sont pas d'accord sur le rang et sur le classement de ce privilège (L. 7, §§ 2, 3, D., *Depositi*, 16-3; L. 24, § 2, D., *De rebus auct. jud.*, 42-5).

aura pu usucaper par l'intermédiaire du *sequester*. Quand il n'est pas possesseur, personne ne possède (L. 17, § 1, D., *Depositi*, 16-3; L. 39, D., *De acq. vel am. pos.*, 41-2. — L. 5, C., *Depositi*, 4-34).

CHAPITRE XII.

GAGE.

(*Inst.*, L. III, t. XIV, § 4.)

Dans les textes, le mot *pignus* a plusieurs significations; il désigne, tantôt la chose livrée en gage, tantôt le droit réel de gage ou d'hypothèque constitué sur cette chose, tantôt le contrat même de gage et les liens personnels d'obligation qu'il produit entre les parties. Le droit réel de gage ou d'hypothèque fera l'objet d'une étude ultérieure; il n'est ici question que du contrat et des engagements qui en dérivent.

A ce point de vue, le gage est un contrat réel accessoire, nommé, synallagmatique imparfait et de bonne foi, par lequel l'un des contractants reçoit de l'autre une chose corporelle, avec le droit de la retenir jusqu'à parfait paiement d'une créance, et de l'aliéner, en cas de non-paiement à l'échéance, pour se payer sur le prix, mais à la charge de la restituer *in specie*, s'il est payé, ou l'excédant du prix, s'il la vend (Conf., C. C., art. 2071-2091).

Ici l'*accipiens* est un créancier; on le nomme créancier gagiste; le *tradens* peut être le débiteur ou même un tiers. A la différence des contrats précédents, le gage est accessoire en ce sens que, dans l'intention des parties, il suppose toujours l'idée d'une dette qu'il s'agit de garantir. Il importe peu d'ailleurs que cette dette soit civile, prétorienne, présente, conditionnelle ou future; ne naquît-elle jamais, il suffit que les contractants l'aient eu en vue, et le contrat n'en subsistera pas moins. On verra que le droit réel de gage ou d'hypothèque implique au contraire, de toute nécessité, l'existence d'une obligation (L. 11, § 2, D., *De pignerat. act.*, 13-7).

Le gage se constituait primitivement comme le dépôt à l'origine, par une aliénation fiduciaire; mais les inconvénients déjà signalés firent tomber ce procédé en désuétude (*Gaius*, II, 60. — *Paul*, S., L. II, t. XIII).

§ I.

Éléments constitutifs du gage.

La formation du gage exige des conditions faciles à déterminer. Il faut que la chose donnée en gage soit corporelle; il faut ensuite que le constituant transfère au créancier la possession juridique du *pignus* avec le droit conditionnel de vendre; il faut enfin que le créancier rende la chose *in specie*.

I. — **Chose corporelle.** — On se rappelle d'abord que, suivant la règle commune à tous les contrats *re*, l'objet doit être corporel. Il peut bien arriver qu'une chose incorporelle, par exemple une créance, serve à garantir une dette qui prend naissance; mais cette sûreté particulière n'est pas un gage dans le sens technique du mot, et se confond plutôt avec le mandat (*procuratio in rem suam*). Du reste, le gage porte aussi bien sur un immeuble que sur des meubles bien que la question ait fait quelques difficultés à l'époque classique (L. 238, § 2, D., *De verb. sign.*, 50-16. — L. 3, C., *De pigner. act.*, 4-24. — Conf., C. C., art. 2072, 2075) (1).

II. — **Possession juridique et droit de vendre.** — Il faut, de la part du constituant, l'abandon au profit du créancier gagiste de la possession juridique et du droit conditionnel de vendre. En conséquence, le gage suppose chez le constituant la capacité d'aliéner. Quand le *tradens* n'est pas propriétaire de ce qu'il livre, aucun droit réel de *pignus* ne grève la chose; mais le contrat existe et se manifestera par un recours en garantie. Le *non dominus* qui engage de mauvaise foi la chose d'autrui se rend d'ailleurs coupable de stellionat et passible d'une poursuite *extra ordinem* (L. 22, § 2, D., *De pigner. act.*, 13-7; L. 3, § 2, D., *Stellionatus*, 47-20).

La possession passant au créancier, celui-ci avait le droit d'invoquer les interdits à l'encontre des tiers pour se maintenir en possession et pour faire respecter son droit. Les inconvénients pratiques de cette dépossession du constituant étaient à peu près corrigés au moyen du précaire. Du reste, au point de vue spécial de l'usu-

(1) Constantin, dans un but facile à comprendre, défendit de donner à gage les esclaves, les animaux et les instruments servant à l'agriculture (L. 7, C., *Quæ res pign.*, 8-17).

capion, le constituant continuait à posséder par l'intermédiaire du gagiste (L. 16. D., *De usurp. et usucap.*, 41-3).

Droit de vente. — Le droit de vendre ne fut pendant longtemps qu'un élément accidentel du contrat de gage, et ne s'y attachait qu'en vertu d'une convention expresse. Il devint ensuite un élément naturel, c'est-à-dire sous-entendu, sauf réserve contraire. Enfin, sous les derniers jurisconsultes classiques, le droit de vendre est un élément essentiel et supérieur à la volonté des parties; seulement, s'il provenait d'un pacte formel, le créancier pouvait procéder à la vente, après une seule sommation de payer; s'il était prohibé ou passé sous silence, trois sommations devaient précéder la vente (*Gaius*, II, 64. — L. 4, D., *De pign. act.*, 13-7; L. 73, D., *De furtis*, 47-2).

Dans tous les cas, le droit de vendre ne s'exerce jamais qu'après l'échéance du terme fixé par le contrat ou par une convention postérieure. Depuis Justinien, l'aliénation exige, soit une signification ou *denuntiatio* au débiteur, soit un jugement qui le condamne, puis l'expiration d'un délai de deux ans, et se fait nécessairement aux enchères et sur affiches (*Paul*, S., L. II, t. V, § 1. — L. 3, C., *De jure dom. imp.*, 8-34).

Lorsque le créancier ne trouvait pas d'acheteur, il pouvait s'adresser à l'empereur qui était maître de lui accorder la possession *animo domini* sur sa demande, et par là de le mettre à même d'usucaper, si le débiteur ne le désintéressait et ne reprenait la chose avant l'accomplissement de l'usucapion. Justinien organisa la procédure lente et compliquée de l'*impetratio dominii*; elle aboutissait à la concession faite par l'empereur de la propriété même de l'objet, sans ôter au débiteur le droit de la recouvrer, dans un délai de deux ans à partir du rescrit, en payant le capital et les intérêts de la créance, avec une indemnité légitime pour le retard (L. 1; L. 2; L. 3, C., *De jure dom. impet.*, 8-34. — F. V., § 9).

III. — **Obligation de restituer.** — Le créancier gagiste doit restituer, soit la chose *in specie* s'il est payé, soit l'excédant du prix s'il vend la chose engagée; si le créancier s'obligeait à rendre autre chose que ce qu'il a reçu, l'opération changerait de caractère et ne constituerait plus un gage. Il suit de là que le gagiste est par rapport au constituant un débiteur de corps certain, ce qui veut dire que la *res pignorata* n'est pas à ses risques (*Inst.*, L. III, t. XIV, *Quibus modis re*, § 4).

§ II.

Effets du gage.

Le gage, comme le commodat et le dépôt, oblige le gagiste *ab initio* et peut obliger le constituant *ex post facto*.

Obligations du créancier gagiste. — Le gagiste est tenu de trois obligations.

1° Il ne doit retirer de la chose aucun usage, sous peine de commettre un *furtum usus* quand elle est mobilière (L. 54, D., *De furtis*, 47-2. — *Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. ex delicto*, § 6)

2° Assimilé au commodataire, il ne répond pas des cas fortuits, mais répond de son dol et de sa faute appréciée *in abstracto*; cette doctrine, sujette à des contestations sérieuses, s'appuie néanmoins sur des textes probants. Il en résulte, par exemple, que le gagiste devrait une indemnité pour avoir vendu la chose avant l'échéance, ou sans les formalités prescrites. Cette deuxième obligation du gagiste doit se combiner avec la première; car s'il lui est interdit d'user de la chose à son profit, il a pourtant le devoir de sauvegarder l'intérêt du constituant, notamment de percevoir les fruits, et d'exercer les servitudes pour en prévenir l'extinction par le non-usage (L. 13, § 1; L. 14; L. 15, D., *De pign. act.*, 13-7. — L. 19, C., *De pignoribus*, 8-14. — *Inst.*, L. III, t. XIV, *Quibus modis re*, § 4).

3° Le créancier doit restituer la chose *in specie* dès qu'il a été payé de sa créance ou lorsqu'il a reçu satisfaction, c'est-à-dire éteint son droit réel de gage par une novation, une transaction, une remise de dette, etc. Une constitution de l'empereur Gordien a néanmoins décidé que le créancier, quoique payé, pourrait retenir le *pignus*, à raison de créances étrangères au contrat de gage, antérieures ou postérieures; seulement il ne fut investi de ce droit qu'envers le débiteur et non pas à l'égard des tiers (L. 9, § 3, D., *De pign. act.*, 13-7. — L. 1, C., *Etiam ob chir.*, 8-27. — Conf., C. C., art. 2082).

Les fruits donnés par la chose s'imputent sur les intérêts de la créance et subsidiairement sur le capital, de telle sorte que le créancier ne rend que l'excédant (L. 11, § 1, D., *De pignoribus*, 20-1; L. 8, D., *In quibus causis*, 20-2. — Conf., C. C., art. 2081).

Après la vente régulière, le gagiste n'est plus tenu que de restituer, s'il y a lieu, l'excédant du prix de vente sur sa créance; tant qu'il ne l'a pas touché, il s'acquitte en cédant son action pour l'obtenir (L. 24, § 2, D., *De pign. act.*, 13-7).

Ces trois obligations sont sanctionnées par l'action *pigneratitia directa* qui est de bonne foi, civile, personnelle et *concepta in jus*.

Obligations du constituant. — Deux obligations prennent naissance, le cas échéant, contre le constituant.

1° Assimilé au déposant, il répond de son dol et de sa faute, à moins qu'il n'ait engagé sa chose pour autrui; car sa responsabilité s'arrête alors au dol, puisqu'il n'a pas d'intérêt dans le contrat (L. 16; L. 22, D., *De pign. act.*, 13-7).

2° Il doit au créancier gagiste le remboursement des impenses nécessaires; il doit aussi lui tenir compte des impenses simplement utiles faites de son consentement formel ou tacite (L. 25, D., *De pign. act.*, 13-7. — Conf., C. C., art. 2080).

Pour la sanction de cette double obligation, le gagiste est armé contre le constituant de l'action de bonne foi *pigneratitia contraria*; il peut également se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose engagée (L. 8, pr., D., *De pign. act.*, 13-7).

§ III.

Pactes adjoints au gage.

Les parties pouvaient joindre au contrat de gage des pactes ou conventions accessoires qui avaient pour conséquence d'en modifier plus ou moins profondément les effets et les règles ordinaires. Les deux pactes les plus usités dans la pratique étaient : 1° le pacte commissoire; 2° le pacte d'antichrèse.

I. — **Pacte commissoire.** — La *lex Commissoria* était la clause par laquelle les parties convenaient, en constituant le gage, que si le créancier ne recevait pas paiement à l'échéance, il deviendrait propriétaire du *pignus* pour un prix d'achat égal à sa créance. Cette convention fut longtemps considérée comme licite et, par suite, comme régulière; elle était même, paraît-il, très fréquente. Mais Constantin la prohiba expressément pour ce motif qu'elle était trop désastreuse pour le débiteur et qu'elle permettait trop facilement de dissimuler des prêts usuraires (F. V., § 9. — *Paul*, S., L. II,

t. XIII. — L. 3, C., *De pactis pign.*, 8-35. — Conf., C. C., art. 2078, 2088).

Toutefois la prohibition de Constantin ne mettrait aucun obstacle à la validité de la clause qui autoriserait le créancier impayé à garder la chose d'après une estimation à faire lors de l'échéance, *justo pretio tunc æstimandam.* Car, dans l'espèce, le débiteur devant être admis à débattre le prix, ne peut alléguer ni lésion ni contrainte (L. 16, § 9, D., *De pign. et hyp.*, 20-1).

II. — **Pacte d'antichrèse.** — Le pacte d'antichrèse (ἀντι χρῆσις) était une clause à forfait, une convention aléatoire qui permettait au créancier de prendre les fruits que produisait le gage pour lui tenir lieu des intérêts de sa créance. Cette clause était aléatoire en ce sens que si les fruits perçus étaient supérieurs aux intérêts de la dette, le créancier faisait un gain; il subissait une perte dans le cas contraire (L. 33, D., *De pign. act.*, 13-7. — Conf., C. C., art. 2085, 2098).

Ordinairement, l'antichrèse résultait d'une convention formelle; mais elle pouvait aussi être tacite. Ainsi, quand une chose frugifère avait été donnée en gage pour garantir un capital ne portant pas intérêt, le créancier avait le droit de retenir les fruits jusqu'à concurrence du taux légal (L. 8, D., *In quibus causis pignus*, 20-2).

CONTRATS CONSENSUELS.

(*Inst.*, L. III, t. XXII.)

Tous les contrats impliquent le consentement des parties et sont consensuels à ce point de vue. Mais il y a certains contrats chez lesquels le consentement (*consensus*) joue un rôle prépondérant et pour lesquels il remplace la *causa civilis obligandi*.

Ces contrats sont au nombre de quatre principaux : la vente, le louage, la société et le mandat. On les nomme *consensuels* parce qu'ils se forment *solo consensu*, par le seul consentement, sans que les parties aient besoin de recourir à la *tradition* comme dans les contrats réels, aux *verba* comme dans les contrats verbaux ou aux *litteræ* comme dans les contrats littéraux. En réalité, les contrats consensuels ne sont que de simples conventions que la loi romaine, à cause de leur extrême utilité pratique, a élevées au-dessus des autres conventions, en les munissant d'une action.

Ils ont pour caractère exclusivement propre de pouvoir se former *per epistolam* ou *per nuntium*, c'est-à-dire par correspondance ou par l'entremise d'un tiers chargé de porter à l'une des parties le consentement de l'autre. En outre, comme tous les contrats autres que la stipulation, ils sont possibles entre absents. Enfin, de même que les trois derniers contrats réels, ils sont synallagmatiques, et partant de bonne foi. Il faut observer seulement que la vente, le louage, la société sont synallagmatiques parfaits, et que le mandat est synallagmatique imparfait; dans la société, les rôles et les noms de toutes les parties sont identiques, tandis qu'ils sont divers dans la vente, le louage et le mandat (*Gaius*, III, 136, 137, 138. — *Inst.*, L. III, t. XXII, *De cons. oblig.*, pr.).

CHAPITRE XIII.

VENTE.

(*Inst.*, L. III, t. XXIII.)

La vente (*emptio-venditio*) tire son origine de l'échange : *origo emendi vendendique a permutationibus cœpit.* Elle devint possible le jour où les besoins de la civilisation firent créer la *monnaie* comme valeur représentative de tous les objets susceptibles de commerce (L. 1, pr., D., *De cont. empt.*, 18-1).

On peut la définir : un contrat consensuel, nommé, synallagmatique parfait et de bonne foi, par lequel l'une des parties s'oblige à transférer tous ses droits sur une chose, y compris même la possession, à l'autre partie qui s'engage en retour à payer une somme d'argent déterminée.

La partie qui doit procurer la chose s'appelle vendeur, *venditor*; elle est investie de l'*actio venditi.* Celle qui doit payer le prix se nomme acheteur, *emptor;* elle est pourvue de l'*actio empti.* La chose vendue prend le nom de *res* ou de *merx* et la somme fournie par l'acheteur est appelée *pretium.* Quant au contrat lui-même, on le nomme *emptio-venditio* pour indiquer qu'il crée deux situations différentes pour chacune des parties appelées ainsi à jouer deux rôles distincts (Conf., C. C., art. 1582-1701).

PREMIÈRE SECTION.

ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA VENTE.

Le contrat de vente requiert quatre éléments constitutifs : le consentement des parties, la capacité des contractants, une chose vendue, un prix.

Les deux premiers éléments ne nous arrêteront pas, il suffit d'appliquer les principes généraux. Cependant, nous devons noter ici quelques incapacités spéciales à la vente. Ainsi, la femme en tutelle ne peut vendre ses *res mancipi* sans se pourvoir de l'*auctoritas* de son tuteur (*Ulpien*, R., t. XI, § 27).

Les administrateurs des biens d'autrui, comme le tuteur, le curateur, le mandataire, n'achètent valablement, ni par eux-mêmes ni par l'intermédiaire de personnes interposées, les choses dont ils ont la gestion; la loi romaine a voulu prévenir un conflit dangereux entre leur devoir et leur intérêt (L. 34, § 7, D., *De cont. empt.*, 18-1. — Conf., C. C., art. 1594-1596).

Les gouverneurs de province ne peuvent acheter des fonds de terre situés dans le ressort de leur juridiction. Les militaires sont incapables d'acquérir des *prædia rustica* dans les provinces où ils sont cantonnés. Enfin, les Juifs et tous les hérétiques ne peuvent, depuis Justinien, acheter des esclaves chrétiens (L. 46; L. 62, pr., D., *De cont. empt.*, 18-1 ; L. 9; L. 13, D., *De re militari*, 49-16. — L. 2, C., *Ne Christ.*, 1-10).

De la merx ou chose vendue. — La vente ne porte valablement que sur des choses susceptibles d'entrer dans le patrimoine de l'acheteur; par conséquent, moins large que la stipulation, elle ne saurait avoir de simples faits pour objet (L. 8, pr.; L. 34, § 1, D., *De cont. empt.*, 18-1).

Le domaine de la vente peut donc embrasser : des choses corporelles, des choses incorporelles, ou même, tout ou partie d'un patrimoine (*universitas juris*).

1° *Choses corporelles.* — Toutes les *res corporales in commercio*, actuelles ou futures, corps certains ou quantités, peuvent régulièrement figurer dans une vente, que le vendeur en soit ou non propriétaire. La vente de la chose d'autrui est en effet licite, comme la *promissio* de la chose d'autrui; car, dans l'un et l'autre cas, le but immédiat, l'effet propre du contrat n'est pas de transférer la propriété, mais d'obliger seulement à la transférer, or cette obligation n'a rien en soi d'inexécutable même quand elle porte sur une *res aliena* (L. 28, D., *De contr. empt.*, 18-1. — *Contra*, C. C., art. 1599) (1).

2° *Choses incorporelles.* — Les *res incorporales*, c'est-à-dire les droits réels, les créances et les actions peuvent également faire l'objet d'une vente valable.

(1) La vente portant sur une chose future est en principe conditionnelle, soumise à la condition tacite que la chose naîtra. Mais les parties auraient le droit de convenir que le prix sera dû alors même que la *res futura* ne prendrait pas naissance; dans ce cas la vente est aléatoire et porte sur une chance, il y a *emptio spei* (L. 8, § 1, D., *De cont. empt.*, 18-1).

Quant aux droits réels, les suppose-t-on constitués et démembrés de la propriété, la vente n'en est pas toujours possible; ainsi l'usufruit se vend librement et se livre par quasi-tradition, tandis que l'usage ne se vend pas. S'agit-il, au contraire de droits réels à constituer et qui n'ont pas encore une existence distincte de la propriété, la vente en est toujours possible; car on ne saurait empêcher un propriétaire de s'obliger, moyennant un prix, à les établir par l'un ou l'autre des procédés légaux, *in jure cessio, mancipatio*, etc.

Pour les créances et les actions, la vente n'est qu'une des faces de la théorie générale de la cession de créances; il en sera traité plus loin.

3° *Universitas juris.* — Enfin la vente peut s'appliquer à un ensemble de droits actifs et passifs, à une *universitas juris* telle qu'une hérédité ou un pécule; l'objet du contrat est alors complexe, et renferme des biens et des dettes. Les successions futures, c'est-à-dire non ouvertes, ne sont pas valablement vendues, à moins que le maître, depuis Justinien, n'y consente et ne persévère dans cette volonté jusqu'à sa mort (L. 30, C., *De pactis*, 2-3. — Conf., C. C., art. 1600).

Différence entre la vente et la stipulation. — La vente, plus étroite dans son objet que la stipulation, est à l'inverse moins rigide. Ainsi l'une et l'autre excluent les *res extra commercium*, en ce sens que le débiteur est impuissant à les transférer au créancier. Mais le créancier, aura-t-il au moins des dommages-intérêts? On les refuse au stipulant et la stipulation demeure nulle et de nul effet. Dans la vente, l'acheteur peut au contraire les obtenir, à la seule condition d'être de bonne foi, c'est-à-dire de n'avoir pas connu la nature de la chose vendue; il n'importe aucunement d'ailleurs, quoique semblent dire les Institutes, que le vendeur ait été de bonne ou de mauvaise foi. Il est évident au surplus qu'une erreur inexcusable ne profiterait pas à l'acheteur. Cette différence entre la vente et la stipulation tient à leur essence même; l'une est *stricti juris* et l'autre *bonæ fidei* (L. 15, § 1; L. 70, D., *De cont. empt.*, 18-1. — *Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 2; L. III, t. XXIII, *De empt. vend.*, § 5).

Du prix. — Le prix est un élément essentiel de la vente; sans prix pas de vente, *nulla emptio sine pretio esse potest.* Il doit présenter trois caractères rigoureusement exigés; il faut qu'il con-

siste en numéraire, qu'il soit certain, qu'il soit sérieux (*Inst.*, L. III, t. XXIII, *De empt. vend.*, § 1).

1° *En argent.* — Il doit consister en numéraire, *pretium in numerata pecunia consistere debet.* Rien n'empêche au reste d'y comprendre, accessoirement à la somme d'argent, des prestations d'une autre nature (*Inst.*, L. III, t. XXIII, *De empt. vend.*, § 2. — L. 6, § 1, D., *De actionibus empti*, 19-1).

Cette nécessité d'un prix en numéraire fut longtemps la règle incontestée, et nous la retrouvons législativement consacrée dans le droit de Justinien. Mais dans une période intermédiaire, les Sabiniens enseignèrent énergiquement qu'une chose quelconque, immobilière ou mobilière, pouvait servir de prix; c'était ramener la vente à l'échange, et sacrifier les différences juridiques de ces opérations à leur communauté d'origine économique. Or il est essentiel de distinguer ces deux contrats, puisque le premier est consensuel, et le second innommé. Les Proculiens devaient donc triompher, parce qu'en exigeant un prix monnayé pour constituer la vente, ils fournissaient l'infaillible moyen de reconnaître l'acheteur et le vendeur, et de les maintenir l'un et l'autre dans leurs situations si diverses (L. 1, § 1, D., *De cont. empt.*, 18-1; L. 5, § 1, D., *De præscr. verbis*, 19-5. — *Gaius*, III, 141. — L. 3; L. 7, C., *De rer. permut.*, 4-64).

2° *Certain.* — Le prix doit être certain, *certum pretium*; en d'autres termes, il faut que le contrat le rende désormais indépendant de la volonté des parties, c'est-à-dire le détermine ou précise la manière de le déterminer. Ainsi le prix peut être certain, sans qu'on en connaisse le chiffre arithmétique, par exemple, *quantum in arca habeo.* A l'inverse, le prix n'est pas certain ni la vente valable, quand la fixation en est abandonnée à l'une des parties, ou confiée à l'arbitrage d'une tierce personne qu'elles se réservent de choisir plus tard (L. 7, pr., § 1; L. 35, § 1, D., *De cont. empt.*, 18-1. — *Inst.*, L. III, t. XXIII, *De empt.*, § 1).

Pour l'hypothèse très régulière où le contrat investit de ce rôle un tiers actuellement et individuellement désigné, Justinien tranche avec raison d'anciennes controverses, et déclare la vente conditionnelle; la condition sera que le tiers indiqué puisse et veuille fixer le prix (L. 15, C., *De cont. empt.*, 4-38. — *Inst.*, L. III, t. XXIII, *De empt.*, § 1. — Conf., C. C., art. 1591, 1592).

3° *Sérieux.* — Le prix doit être sérieux, *verum pretium esse debet*; on veut dire par là qu'il ne doit être ni fictif ni dérisoire. Or le prix

serait fictif si les parties n'avaient pas l'intention, l'une de l'exiger, l'autre de le payer. Il serait dérisoire s'il était de nulle valeur, comparé avec la chose; ainsi, la vente du fonds Cornélien faite *uno nummo* serait nulle comme ayant un prix dérisoire. Dans tous ces cas, la vente ne se formerait pas et l'opération serait au fond, malgré les apparences, une véritable donation (L. 3; L. 9, C., *De cont-empt.*, 4-38) (1).

On verra plus loin qu'il ne faut pas confondre le prix sérieux avec le juste prix.

Formation de la vente. — La vente est *perfecta*, c'est-à-dire formée, définitive et productive d'obligation, dès l'instant même où les parties, déterminées à s'engager réciproquement, s'accordent sur la chose et sur le prix. Il n'en peut être autrement, puisque la vente figure au nombre des contrats consensuels. La perfection de la vente est donc indépendante de son exécution; il n'est pas nécessaire, pour que le contrat existe, que le prix ait été payé ou que la chose ait été livrée (*Gaius*, III, 139. — *Inst.*, L. III, t. XXIII, *De empt. vend.*, pr. — Conf., C. C., art. 1583).

Rédaction d'un écrit. — Justinien modifia cette règle dans les ventes par écrit, c'est-à-dire pour le cas où l'intention des parties est de rédiger un écrit. Dans cette hypothèse, l'accord des volontés ne suffit plus à parfaire le contrat; tant que l'acte n'est pas dressé, signé des contractants, et même, s'il est public, signé des *tabularii* qui le reçoivent, il n'y a qu'un projet que chaque partie peut abandonner impunément. Le but de l'empereur était ici de prévenir les procès. Cette décision, étendue par Justinien à toute espèce de contrats, n'aboutit point à faire de la vente un contrat littéral; la rédaction de l'écrit n'est, en réalité, qu'une condition suspensive apposée par les parties à la conclusion du contrat (L. 17, C., *De fide instr.*, 4-21. — *Inst.*, L. III, t. XXIII, *De empt. vend.*, pr.).

Arrhes. — Dans la pratique, en attendant l'exécution, l'une des parties remettait parfois des arrhes à l'autre. Elles consistaient d'habitude en une somme d'argent, et c'était le plus souvent l'acheteur qui les donnait. Au temps des jurisconsultes classiques,

(1) La vente *uno nummo* serait cependant valable dans le cas où elle servirait de moyen pour arriver à un but voulu par les parties et permis par la loi; tel serait, par exemple, le cas de la *venditio hereditatis* faite *uno nummo* pour parvenir à la transmission d'un fidéicommis universel, avant le sénatusconsulte Trébellien (*Gaius*, II, 252).

elles avaient en thèse générale, sauf clause contraire, pour but et pour effet de prouver le contrat, non de le former; elles n'étaient que le signe de l'entente définitive, *argumentum emptionis*. Aussi, une fois son obligation exécutée, le contractant qui les avait données les imputait sur le prix ou les répétait, soit par l'action de la vente, soit par une *condictio sine causa* (*Gaius*, III, 139. — L. 11, § 6, D., *De act. empt.*, 19-1) (1).

A l'époque de Justinien, les arrhes changent de caractère. Elles ne sont plus un moyen de preuve, mais un moyen de dédit; l'acheteur en les perdant, ou le vendeur en les restituant au double, est maître de se départir du contrat, *recedere ab emptione*. Cette innovation est applicable aux ventes sans écrit comme aux ventes faites ou à faire par écrit, *sive in scriptis, sive sine scriptis;* tel est du moins le langage formel d'une constitution de Justinien, littéralement reproduite à cet égard par les Institutes. Cet accord des deux textes doit nécessairement prévaloir, quoi qu'on ait pu dire, sur des obscurités de rédaction qu'on reproche au passage des Institutes, et qui proviennent surtout d'une copie maladroite de la règle posée pour d'autres siècles par Gaius (*Inst.*, L. III, t. XXIII, *De emptione*, pr. — L. 17, C., *De fide instr.*, 4-21. — Conf., C. C., art. 1590).

DEUXIÈME SECTION.

EFFETS DE LA VENTE.

La vente, en sa qualité de contrat, ne peut transférer par elle-même aucun droit réel; la transmission de propriété résultera du mode d'acquisition qu'emploieront les parties, tradition, mancipation, *cessio in jure*. Le contrat sera une *justa causa acquirendi* si le vendeur est propriétaire ou une *justa causa usucapiendi* si le vendeur n'est pas propriétaire. Mais si la vente romaine est impuissante à réaliser le transfert de propriété, elle produit au moins des obligations à la charge des deux parties, *ultro citroque*. L'acheteur est armé de l'action *empti* ou *ex empto;* le vendeur, de l'action *venditi* ou *ex vendito* (L. 20, C., *De pactis*, 2-3. — *Contra*, C. C., art. 1583).

(1) Un pacte ajouté à la vente pouvait cependant modifier le caractère et les effets des arrhes; ainsi, on pouvait très bien convenir que celui qui les a données aura le droit de les abandonner et de résoudre ainsi le contrat (L. 7, pr., D., *De cont. empt.*, 18-1).

§ I.

Obligations du vendeur.

Le vendeur est tenu de trois obligations principales, que l'analyse décompose en plusieurs autres. Il doit : 1° s'abstenir de tout dol, *purgari dolo malo ;* 2° faire avoir la chose à l'acheteur, *rem præstare habere licere;* 3° garantir à l'acheteur la paisible et utile possession de la chose, *ob evictionem se obligare* (L. 1, pr., D., *De rerum permut.,* 19-4).

I. — **Obligation de s'abstenir de tout dol.** — La bonne foi du vendeur est la règle essentielle de la vente, et l'on doit y rattacher des conséquences particulièrement importantes. On a souvent l'habitude de dire et d'enseigner que le vendeur n'est pas tenu, dans la loi romaine, de transférer la propriété, et qu'il lui suffit de procurer à l'acheteur la paisible et libre possession de la chose. Ainsi présentée sans distinction, cette doctrine reproduit inexactement la conception qu'eurent de la vente les lois et les jurisconsultes de Rome. Trois observations vont le démontrer.

A. *Du cas où le vendeur est propriétaire.* — Le vendeur, obligé à ne commettre aucun dol, doit transférer à l'acheteur tous ses droits sur la chose, conséquemment la propriété quand il l'a. Car, en la gardant, il tromperait l'intention manifestée par le contrat, ce qui serait un dol. Des textes péremptoires confirment ce raisonnement. 1° Paul dit expressément que le vendeur est tenu de livrer ou de manciper la chose; en d'autres termes, il ne peut se contenter de la simple tradition, quand elle ne suffit pas à transférer la propriété; il lui faut employer à sa place la *mancipio* ou l'*in jure cessio* pour les *res mancipi* (*Paul,* S., L. I, t. XIII[a], § 4). 2° D'un autre côté, Gaius indique à l'acheteur un moyen d'arriver à la translation de propriété de la chose vendue, sans en obtenir du même coup la possession qu'il ne désire pas encore; ce moyen de procédure, qu'on appréciera plus tard sous le nom de *præscriptio de fundo mancipando*, suppose clairement que l'engagement de rendre l'acheteur propriétaire est distinct, pour le vendeur, de l'engagement de procurer la possession (*Gaius,* IV, 131). 3° Enfin les Institutes imposent au vendeur la nécessité de céder à l'acheteur son action en revendication, c'est-à-dire tout ce qui lui reste de la

propriété, quand la chose a été volée sans sa faute (*Inst.*, L. III, t. XXIII, *De emptione*, § 3) (1).

B. *Du cas où le vendeur vend de mauvaise foi la chose d'autrui.* — Le vendeur qui vend sciemment la chose d'autrui, et qui n'en avertit pas l'autre contractant, viole par ce fait même son obligation de s'abstenir de dol. Aussi l'action *ex empto* est-elle immédiatement ouverte à l'acheteur, avant toute éviction ou trouble, alors même que tout recours ultérieur en garantie deviendrait impossible par la perte fortuite de la chose (L. 30, § 1, D., *De actionibus empt.*, 19-1; L. 21, D., *De evictionibus*, 21-2).

C. *Du cas où le vendeur vend de bonne foi la chose d'autrui.* — Au contraire, quand le vendeur vend la chose d'autrui sans le savoir, ou qu'il en avertit l'autre contractant, il n'est coupable d'aucun dol. L'acheteur ne saurait le poursuivre actuellement à raison de l'obligation *purgari dolo malo* qui n'est pas violée; il ne pourra le poursuivre par l'action *empti* que lorsqu'il sera évincé ou troublé (L. 25, § 1, D., *De contr. empt.*, 18-1).

Donc, en résumé, la vente est à l'abri de toute attaque immédiate lorsque le vendeur a vendu de bonne foi la chose d'autrui; c'est en ce sens, et uniquement en ce sens qu'on peut dire que la vente de la chose d'autrui est valable dans le droit romain, et que le vendeur n'est pas obligé à transférer la propriété de la chose vendue. Tous les textes, d'où l'on a voulu conclure en général que le vendeur doit uniquement la jouissance à l'acheteur, ne visent au fond que cette hypothèse spéciale (*Contra*, C. C., art. 1599).

II. — **Obligation de livrer la chose.** — Le vendeur doit livrer la chose à l'acquéreur; il doit, en d'autres termes, comme disent les textes, *rem præstare habere licere*.

Cette obligation s'exécute par toutes les formes possibles de la tradition, depuis la remise effective jusqu'au constitut possessoire. Mais une simple remise matérielle ne libère nullement le vendeur; il est tenu de fournir la possession libre, *vacua possessio*, c'est-à-dire de mettre l'acheteur en situation de se défendre victorieusement contre tous les tiers qui voudraient lui disputer la possession par des interdits ou autrement (L. 2, § 1; L. 3; L. 11, § 10, D., *De actionibus empt.*, 19-1. — Conf., C. C., art. 1604-1611).

(1) Le texte d'Ulpien qu'on oppose à cette doctrine, la loi 11, § 2, D., *De actionibus empti*, 19-1, est loin d'être concluant; d'ailleurs, il a dû être altéré par les rédacteurs du Digeste.

Pour que la délivrance soit complète et régulière, il faut lui appliquer les trois règles suivantes.

1° Le vendeur doit exactement délivrer tout ce qu'il a vendu; s'il livrait moins, le surplus lui serait demandé par l'action *empti*; s'il livrait davantage, il serait investi de la *condictio sine causa* pour réclamer ce qu'il a transmis en trop (L. 18, § 3, D., *De dolo malo*, 4-3. — Conf., C. C., art. 1606-1620).

2° Il doit livrer outre la chose elle-même les accessoires qui s'y trouvent tacitement attachées, d'après l'intention probable des parties ou d'après les usages (L. 14; L. 18, D., *De contr. empt.*, 18-1. — Conf., C. C., art. 1615).

3° Enfin la délivrance doit encore comprendre les fruits et produits que la chose vendue a donnés depuis le jour du contrat, s'il n'y a clause contraire; car ils sont représentés par les intérêts du prix dans la vente pure et simple, et par la surélévation du prix dans la vente à terme (F. V., § 15. — *Paul*, S., L. II, t. XVII, § 7. — L. 47; L. 49, D., *De contr. empt.*, 18-1. — Conf., C. C., art. 1614) (1).

Par une conséquence nécessaire de l'obligation de livrer, le vendeur est tenu de garder et de conserver la *res vendita* jusqu'à la tradition; il répond de la *culpa levis in abstracto*, c'est-à-dire de toutes les fautes que ne commettrait pas un bon père de famille (L. 3; L. 11, D., *De periculo*, 18-16; L. 13, § 16, D., *De act. empti*, 19-1. — Conf., C. C., art. 1137).

III. — **Obligation de garantir.** — Le vendeur doit enfin garantir à l'acheteur la libre et paisible possession de la chose vendue et livrée. Cette troisième obligation se décompose en deux autres; elle astreint d'une part le vendeur à garantir l'acheteur contre toute éviction; elle l'oblige d'autre part à répondre des vices graves qui suppriment ou diminuent notablement l'utilité de la chose.

Garantie de l'éviction. — Le vendeur n'est pas quitte de son obligation *rem habere licere*, en livrant à l'acheteur la *vacua possessio*; il doit en outre l'y maintenir. Cette nouvelle face des devoirs du vendeur, c'est la garantie. Elle n'est pas spéciale à la vente; car elle pèse sur tous les débiteurs à titre onéreux de corps certains, et

(1) Pour la vente conditionnelle, la question offre plus de difficultés, mais elle doit toujours se trancher d'après l'intention formelle ou probable des parties contractantes.

justifie la promesse *de evictione* qu'on a le droit de leur imposer. Mais l'obligation de garantie présente dans la vente ce caractère propre, qu'elle existe sans clause expresse, et qu'elle ne se borne pas nécessairement à réparer le dommage causé; elle peut avoir un effet préventif (L. 131, § 1, D., *De verb. oblig.*, 45-1).

A l'inverse, l'obligation de garantie n'est pas de l'essence de la vente, et cesse par l'effet d'une convention formelle, soit spéciale à des cas déterminés d'éviction, soit générale et sans distinction. Le vendeur est alors autorisé à retenir le prix bien qu'on l'ait contesté, mais à tort suivant nous (L. 39, D., *De pactis*, 2-14; L. 11, § 18, D., *De action. empti*, 18-1; L. 23, D., *De reg. juris*, 50-17. — Conf., C. C., art. 1627).

On a défini l'éviction : *rei emptæ ablatio per judicem jure facta.* C'est le fait de perdre la chose en vertu d'une sentence rendue sur le fond, ou de ne la conserver que par l'effet d'un titre nouveau. L'acheteur est donc évincé, soit qu'il échoue comme demandeur ou défendeur à la revendication, soit qu'il reste possesseur à la suite d'un arrangement pris avec le tiers réclamant. Le vendeur, en qualité de garant, doit le mettre à l'abri de tels événements, ou l'en indemniser (Conf., C. C., art. 1625-1649).

Des actions attachées à la garantie. — L'obligation de garantie trouve sa sanction naturelle dans l'action *ex empto*. Mais de bonne heure, dans les ventes d'esclaves, les édiles prescrivirent de stipuler en vue de l'éviction une peine pécuniaire, ordinairement le double du prix (1). Cette promesse s'étendit aux autres ventes importantes, et finit par devenir obligatoire, en ce sens qu'il fallut une convention expresse pour en dispenser le vendeur. De plus, omise au moment du contrat, l'acheteur put l'exiger par l'action *ex empto*, ou mieux encore la tenir pour sous-entendue. Il faut donc établir, en définitive, que l'acheteur évincé se trouve toujours armé de l'action *ex empto* et le plus souvent aussi de l'action *ex stipulatu duplæ* (F. V., § 8. — *Paul*, S., L. II, t. XVII, § 2. — L. 2; L. 37, D., *De evictionibus*, 21-2. — L. 6, C., *De evictionibus*, 8-45).

Conditions d'exercice des actions en garantie. Certaines conditions sont d'abord exigées indistinctement pour l'une ou l'autre de ces

(1) La *stipulatio de evictione*, bien que ce point ait été contesté, pourrait aller jusqu'au triple ou quadruple; elle pourrait aussi se restreindre à la restitution du prix ou même rester au-dessous (L. 56, pr.; L. 74, pr., D., *De evict.*, 21-2).

actions; l'action *ex stipulatu* requiert en outre trois conditions spéciales.

Conditions communes à toutes les actions en garantie. — Les textes exigent quatre conditions pour que le recours en garantie soit possible, soit par l'action *ex empto*, soit par l'action *ex stipulatu*.

1° L'éviction doit avoir pour cause un défaut de droit chez le vendeur. En d'autres termes, il faut que le vendeur ait livré une chose que lui-même ou quelqu'un de ses prédécesseurs, avant ou depuis la vente, avait aliénée au profit d'un tiers. Par conséquent, si l'éviction provient de l'erreur, de l'injustice ou de la vénalité du juge, c'est au juge que l'acheteur devra s'en prendre; aucun recours ne lui est ouvert contre le vendeur (F. V., § 10. — L. 51, D., *De evictionibus*, 21-2).

2° L'acheteur doit n'avoir pas connu la cause d'éviction au moment du contrat; sinon elle serait mise à ses risques, hors le cas de clause contraire. On irait même jusqu'à lui refuser la répétition du prix; en dépit d'une controverse qu'on a tentée sur ce point, cette règle nous paraît certaine (L. 9; L. 27, C., *De evictionibus*, 8-45. — Conf., C. C., art. 1629).

3° L'acheteur doit n'avoir aucun reproche à se faire. Parmi les nombreuses conséquences de ce principe, il faut mentionner que l'acheteur poursuivi est tenu d'appeler son vendeur en cause (*laudare auctorem*) avant que l'affaire soit en état; autrement il encourt une déchéance, justifiée par cette considération que le vendeur aurait pu lui indiquer de bons moyens de défense. Cette obligation de faire la *litis denuntiatio* ne cesse qu'en présence d'une convention formelle ou dans le cas où le vendeur la rend inexécutable, par exemple en se cachant (L. 29, § 2; L. 55, § 1 ; L. 63, D., *De evictionibus*, 21-2. — Conf., C. C., art. 1640).

4° L'acheteur doit souffrir un préjudice quelconque de l'éviction. La perte fortuite de la chose dans ses mains, avant toute tentative de l'en dépouiller, rendrait donc l'éviction impossible et donnerait pleine sécurité au vendeur (L. 21; L. 51, § 2, D., *De evictionibus*, 21-2) (1).

Conditions spéciales à l'action EX STIPULATU. — Outre ces quatre

(1) Il en serait de même si l'acheteur avait affranchi l'esclave vendu avant d'être évincé (L. 25, D., *De evictionibus*, 21-2).

conditions qu'elle partage avec l'action *empti*, l'action *ex stipulatu* en requiert trois autres qui lui sont propres.

1° L'éviction doit provenir d'une sentence judiciaire, qui tranche la question de droit contre l'acheteur, et qui lui enlève directement et définitivement la chose ou la valeur. Cette sentence interviendra d'habitude sur une action réelle en revendication ; il n'importe nullement qu'elle frappe l'acheteur en personne ou ses ayant-cause, soit à titre universel, soit à titre particulier. Elle le dépouille de la chose elle-même ou de sa valeur, *corpus aut pecuniam*, suivant qu'il est forcé de la restituer en nature ou d'en payer l'estimation ; on appréciera plus tard cette différence dans l'étude de la revendication (L. 21, § 2 ; L. 22, § 1 ; L. 34, § 1 ; L. 35, D., *De evict.*, 21-2).

Cette particularité se rattache étroitement à l'étymologie du mot *evictio* (*ex vincere*, expulser par une victoire judiciaire). Elle assigne à l'action *ex stipulatu* une application moins large qu'à l'action *empti*. Car si l'acheteur conserve la chose en vertu d'un titre nouveau, ou comme ayant-cause ultérieur du propriétaire, il sera préservé d'une défaite en justice, et ne pourra plus se prévaloir que de l'action *ex empto* (L. 9 ; L. 24 ; L. 29, D., *De evict.*, 21-2).

2° Au jour de la sentence, l'acheteur doit avoir rempli toutes les conditions qui lui eussent procuré la propriété, si son titre fût émané du propriétaire. Autrement dit, il faut qu'il y ait eu tradition ou mancipation de la part du vendeur, et paiement du prix ou satisfaction quelconque de la part de l'acheteur. Sinon le jugement n'enlèverait aucun droit précis à ce dernier, qui ne pourrait user que de l'action *empti* (*Paul*, S., L. II, t. XVII, §§ 1, 3).

3° La sentence doit porter sur la *res vendita* entendue strictement, c'est-à-dire sur la chose principale tout entière. Pour parler plus net, ni l'éviction partielle ni l'éviction des accessoires ou produits n'accomplissent la condition suspensive de l'*actio ex stipulatu*, et par suite elles ne donnent ouverture qu'à l'action *empti* (L. 5 ; L. 8 ; L. 16 ; L. 42 ; L. 56, § 2, D., *De evict.*, 21-2).

Ces deux dernières règles tiennent au caractère de la *stipulatio de evictione* qui, étant un contrat de droit strict, doit s'interpréter dans le sens le plus étroit et le plus littéral des termes de la stipulation.

Nature et effets des actions en garantie. — L'action *ex stipulatu*, née du contrat unilatéral de stipulation, est *stricti juris* ; l'action *ex empto*, née du contrat synallagmatique de vente, est *bonæ fidei*. De

là naissent deux séries de règles opposées, qui seront décrites dans la comparaison générale des actions de droit strict et de bonne foi. En attendant, il en résulte ici d'intéressants contrastes.

L'action *ex stipulatu* ne laisse au juge aucune liberté d'appréciation; y a-t-il ou n'y a-t-il pas éviction? c'est la seule question qu'il ait à résoudre. L'action *empti* lui attribue, au contraire, la faculté de peser les faits *ex æquo et bono* et d'en écarter la logique brutale, si l'équité l'y invite.

En outre, l'action *ex stipulatu* est *certa*, c'est-à-dire a pour objet une somme fixe, ordinairement le double, quelquefois le triple ou le quadruple du prix; le juge ne peut rien ajouter ou retrancher; cette voie procure donc un bénéfice ou fait subir une perte à l'acheteur, selon que le montant de sa stipulation s'élève au-dessus ou reste au-dessous de l'intérêt qu'il avait à n'être pas évincé. Au contraire, par l'action *empti*, l'acheteur obtient exactement *id quod interest*, la réparation du préjudice causé par l'éviction. En conséquence, il recouvre d'abord la valeur de la chose à cet instant, valeur inférieure ou supérieure au prix de vente. De plus, il a droit à la valeur des fruits et de toutes les acquisitions par lui réalisées à l'occasion de la chose, et que l'éviction lui enlève. Enfin le vendeur devra lui rembourser les impenses qu'il n'aura pu, suivant les principes généraux, réclamer au propriétaire (L. 8; L. 70, D., *De evictionibus*, 21-2; L. 45, § 1, D., *De actionibus empti*, 19-1. — L. 9; L. 23, C., *De evictionibus*, 8-45) (1).

En deux mots, les réparations à donner sur l'action *empti* s'apprécient au jour de l'éviction, tandis que le juge de l'action *ex stipulatu* ne doit rien changer à la somme déterminée lors du contrat. Mais, en vertu des règles générales sur le concours des actions, l'acheteur reste maître, après avoir agi *ex stipulatu duplæ*, d'intenter l'action *empti* pour tout ce qu'elle a de plus avantageux.

Quand la promesse du double est sous-entendue dans le dernier

(1) Malgré les termes bien précis de la loi 70, D., *De evict.*, 21-2, nos anciens commentateurs, et parmi eux, Dumoulin et Pothier, avaient prétendu que l'acheteur, recourant en garantie par l'action *empti*, avait toujours droit à la répétition intégrale de son prix, alors même que la chose avait diminué de valeur au point d'être inférieure au montant du prix. Cette théorie manifestement erronée est passée dans le Code civil où, d'ailleurs, elle peut s'expliquer par les principes nouveaux qui régissent la vente française (Dumoulin, *De eo quod interest*, nos 68, 69. — Pothier, *Vente*, no 69. — Conf., C. C., art. 1630, 1631).

état du droit, l'action *empti* suffit à l'acheteur pour obtenir le double; mais il est toujours prudent de joindre à la vente une stipulation expresse; car le silence pourrait passer pour une renonciation.

Eviction partielle. — L'action *ex empto*, ainsi que nous l'avons dit, est seule ouverte à l'acheteur évincé pour partie. L'éviction est-elle d'une part indivise (*pro indiviso*)? l'indemnité se calcule *pro quantitate*; par exemple, si cette part est d'une moitié ou d'un tiers de la chose, les dommages-intérêts seront d'une moitié ou d'un tiers de la valeur totale de la chose lors de l'éviction. Au contraire, est-elle d'une part divise (*pro diviso*)? l'indemnité se calcule *pro qualitate*, c'est-à-dire en estimant la part évincée, comme si elle eût été vendue seule (L. 1, D., *De evictionibus*, 21-2. — Conf., C. C., art. 1636, 1637).

Garantie des servitudes passives. — Sans vendre la chose d'autrui, on peut vendre une chose grevée d'un ou de plusieurs droits réels au profit des tiers. Si le cas n'a pas été prévu dans le contrat, le vendeur doit-il garantie, par application des règles précédentes au moyen des actions *ex empto* ou *ex stipulatu* ?

De graves difficultés se sont élevées sur la question, mais la négative est admise en principe, à moins : 1° que le vendeur n'ait expressément vendu un fonds comme franc et quitte de toute servitude prédiale, *uti optimus maximusque*; 2° qu'il ne s'agisse d'un de ces droits réels dont l'exercice supprimerait nécessairement la jouissance de l'acheteur; comme un usufruit, une hypothèque, un droit de superficie ou d'emphytéose (L. 35, D., *De actionibus empti*, 19-1; L. 34, § 2; L. 62, § 2; L. 75, D., *De evictionibus*, 21-2. — Conf., C. C., art. 1638) (1).

Responsabilité pour vices de la chose. — L'ancien droit civil ne rendait le vendeur responsable que de ses déclarations formelles; les jurisconsultes allèrent plus loin en décidant que le *venditor* serait tenu à raison de tous les vices connus de lui et qu'il n'aurait pas déclarés. Cette législation notoirement insuffisante fut complétée par les édiles curules. Leur édit, restreint dans son texte aux ventes d'esclaves et de bêtes de somme (*servi* et *jumenta*), fut étendu par l'interprétation à toute espèce de ventes im-

(1) Nous dirons quelques mots de la garantie dans les ventes de créance lorsque nous aurons à traiter de la *cession des créances*.

mobilières ou mobilières (L. 1; L. 63, D., *De ædilitio edicto*, 21-1).

Les dispositions de l'édit peuvent se ramener à trois règles principales.

1° *Défaut de déclaration des vices graves.* — Le vendeur qui ne déclare pas les vices graves de la chose peut en être responsable. Cette responsabilité suppose que le vice existait avant la vente, n'a pas disparu depuis, et n'était ni apparent ni connu en fait de l'acheteur. Une fois encourue, sa responsabilité expose le vendeur à l'une ou l'autre de deux actions édilitiennes, qui ne peuvent se cumuler; 1° l'une appelée *redhibitoria*, tend à résoudre la vente, est éteinte au bout de six mois utiles, et ne peut être renouvelée; 2° l'autre appelée *quanti minoris* ou *æstimatoria*, ne tend qu'à une diminution du prix; elle dure une année utile, et se renouvelle librement à chaque découverte d'un nouveau vice. Il est clair qu'une aliénation totale ou partielle de la chose mettrait l'acheteur dans l'impossibilité d'exercer la première de ces deux actions (L. 31, § 16; L. 48, §§ 2, 5; L. 54, D., *De ædil. edicto*, 21-1).

Lorsque le vendeur a connu le défaut qu'il n'a point déclaré, la violation de son obligation *purgari dolo malo* investit en outre l'acheteur de l'action *empti*, par application des règles du droit civil sur la vente; cette action a sur les deux précédentes l'avantage d'être perpétuelle. On finit par la donner même contre le vendeur de bonne foi, mais en la réduisant alors à la durée des actions édilitiennes (L. 2, C., *De ædilitiis actionibus*, 4-58).

2° *Promesse d'indemnité pour vices non déclarés.* — Le vendeur est obligé de promettre indemnité pour tous les vices, connus ou ignorés de lui, qu'il ne déclare pas et qui sont indiqués dans l'édit des édiles, *cavere debet de his quæ in edicto ædilium continentur.* Le refus de cette promesse le placerait immédiatement sous le coup de l'*actio redhibitoria* pour deux mois continus, et de l'action *quanti minoris* pour six mois continus (L. 28, D., *De ædilitio edicto*, 21-1).

Quand la promesse est faite, l'acheteur a le choix entre les actions édilitiennes et l'action *ex stipulatu*. Celle-ci lui assure dans tous les cas une indemnité complète, et, dans le cas particulier d'une vente d'esclaves, le double du prix comme s'il y avait éviction. Rien ne prouve que cette dernière décision ait été généralisée (L. 58, § 1, D., *De ædilitio edicto*, 21-1).

3° *Déclarations faites par le vendeur.* — Quant aux déclarations

et promesses que le vendeur aurait spontanément faites à propos des vices ou qualités de la chose, il va de soi que le droit civil l'en a toujours reconnu responsable. Les édiles donnèrent également dans ce cas à l'acheteur les actions *redhibitoria* et *quanti minoris*, lorsqu'il les préférait à l'action *empti* (L. 18; L. 19, § 2, D., *De ædilitio edicto*, 21-1. — Conf., C. C., art. 1641-1649; Loi du 2 août 1884).

§ II.

Obligations de l'acheteur.

L'acheteur contracte une obligation principale et diverses obligations accessoires.

I. — **Paiement du prix.** — L'obligation principale de l'acheteur est de payer le prix convenu. Mais ce paiement ne consiste pas dans une simple remise des deniers, et nécessite absolument la translation de propriété. La dette de l'acheteur a donc pour objet un *dare*. *Emptor autem nummos venditoris facere cogitur*. Le paiement doit se faire au lieu et à l'époque désignés dans le contrat (L. 11, § 2, D., *De act. empti*, 19-1; L. 1, pr., D., *De rerum permut.*, 19-4. — Conf., C. C., art. 1650, 1651).

De même que le vendeur n'est pas tenu de faire tradition à l'acheteur qui n'offre pas le prix, de même l'acheteur n'est pas tenu de payer le prix au vendeur qui ne fait pas tradition; cette corrélation suppose, bien entendu, qu'un terme n'a pas été accordé à l'une ou l'autre des parties. En conséquence, chaque contractant jouit contre l'autre d'un droit de rétention (L. 13, § 8; L. 25, D., *De actionibus empti*, 19-1. — Conf., C. C., art. 1612, 1613).

Bien plus, le vendeur eût-il offert ou réalisé la tradition, l'acheteur qui a juste sujet de craindre une éviction peut refuser le paiement du prix. Si le danger provient de ce fait qu'un tiers est propriétaire de la chose, ou titulaire d'une servitude qui la grève, l'acheteur n'a la faculté de retenir le prix qu'en supposant ce droit du tiers déjà manifesté dans la pratique, *quæstione mota*. Si le danger provient d'une hypothèque, l'acheteur peut refuser le prix jusqu'au dégrèvement. Du reste, tout au moins depuis une constitution de Dioclétien, le vendeur est maître d'obtenir le paiement quand même, s'il fournit des garanties suffisantes (L. 5; L. 24, C.,

De evictionibus, 8-45. — L. 18, § 1, D., *De periculo et commodo*, 18-6. — F. V., § 12. — Conf., C. C., art. 1653).

Si le vendeur avait livré la chose avant d'avoir été payé, il aurait en principe la revendication pour reprendre sa chose, car la tradition *venditionis causa* ne transfère la propriété qu'autant que le prix a été payé. Cependant dans le cas où le vendeur aurait suivi la foi de l'acheteur, par exemple en lui accordant un terme, il serait dépouillé de la propriété et n'aurait plus qu'une action personnelle et chirographaire, l'action *venditi;* il n'aurait même pas le droit de faire résoudre la vente pour défaut de paiement, à moins qu'il n'ait eu le soin d'ajouter à la vente le *pactum legis Commissoriæ* dont il sera parlé plus loin (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 41. — *Contra*, C. C., art. 1654 et s. — *Voir* t. I, p. 170).

II. — **Obligations accessoires.** — Outre son obligation essentielle, l'acheteur est tenu de quelques obligations accessoires qui se déduisent toutes de l'équité.

C'est ainsi qu'à partir de la vente, il doit l'impôt foncier et le remboursement des impenses faites de bonne foi par le vendeur. Depuis la tradition, il doit sans mise en demeure les intérêts du prix alors même que la chose ne produirait pas de fruits. Il doit enfin prendre livraison au jour indiqué, sinon le vendeur pourrait se libérer de la garde de la chose en consignant (F. V., § 2. — *Paul*, S., L. II, t. XVII, § 9. — L. 13, § 20, D., *De actionibus empti*, 19-1. — L. 13; L. 16, C., *De actionibus empti*, 4-49. — Conf., C. C., art. 1652).

TROISIÈME SECTION.

MODALITÉS PRINCIPALES DE LA VENTE.

La vente, comme la stipulation et tous les autres contrats, peut être pure et simple ou affectée de certaines modalités (*Inst.*, L. III, t. XXIII, *De emptione*, § 4).

Les principales modalités qui peuvent être apposées à une vente sont : le terme, la condition suspensive et la condition résolutoire. Nous n'avons rien à dire du *terme*, il suffira de rappeler ici l'influence qu'il exerce sur l'effet translatif de la *traditio rei venditæ* (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 41. — *Voir* t. I, p. 171).

§ I.

Vente sous condition suspensive.

Le propre de la condition suspensive dans la vente, comme dans le louage, c'est d'affecter nécessairement les deux obligations, ne fût-elle apposée qu'à l'une d'entre elles. Car il ne peut y avoir de vendeur sans acheteur, ni d'acheteur sans vendeur. Puisque les deux dettes se servent réciproquement de cause, toute condition suspensive les affecte ensemble, soit pour leur donner naissance en s'accomplissant, soit pour les anéantir dans leur germe en défaillant (1).

Pendente conditione, la vente sous condition suspensive ne produit aucun effet immédiat; le vendeur ne livre pas la chose et l'acheteur garde son prix. Si même, la tradition intervenait alors, elle ne serait pas translative de propriété. Dans la même période l'acheteur n'usucaperait pas, et serait admis à répéter le prix qu'il aurait payé par erreur (L. 8, pr., D., *De periculo et commodo rei vend.*, 18-6).

Lorsque la condition s'accomplit, elle produit les conséquences générales qui nous sont déjà connues. Mais faut-il, en vertu de son effet rétroactif, attribuer à l'acheteur les fruits que la chose a produits *pendente conditione?* Les textes les laissent formellement au vendeur, *fructus medii temporis venditoris sunt.* Cette décision n'a d'ailleurs rien de choquant; la rétroactivité de la condition accomplie amène bien à considérer, en droit, les rapports d'obligation comme noués dès l'origine; mais elle n'empêche pas qu'en fait l'exécution n'en ait été reportée au temps de l'accomplissement. La rétroactivité n'est en effet qu'une fiction juridique; or, comme toutes les fictions, elle peut bien toucher aux droits, *res juris*, mais elle ne peut avoir aucune prise sur les faits, *res facti* (L. 8, D., *De periculo et com. rei vend.*, 18-6).

Les Institutes donnent, comme exemple de vente sous condition suspensive, la vente à l'essai, *ad comprobationem*, c'est-à-dire subordonnée à la condition que la chose vendue sera du goût de l'ache-

(1) Il en est autrement du terme et cette différence tient à ce que tandis que le terme affecte simplement l'exécution de l'obligation, la condition en affecte l'existence.

teur ; une telle clause a son utilité pour les objets dont les qualités ou les défauts ne se manifestent pas à première vue. Il est probable qu'en fait la vente à l'essai fixait toujours à l'acheteur un délai pour se prononcer ; sinon, il eût pu tenir indéfiniment le vendeur à sa discrétion. Mais l'absence de cette précaution annulait-elle le contrat ? Bien que l'affirmative ne soit pas absolument certaine il est néanmoins permis de croire que l'indication d'un délai préfixe, d'un *certum tempus*, devait être indispensable (L. 7, pr., D., *De contr. emptione*, 18-1. — L. 13, C., *De contr. empt.*, 4-38. — Conf., C. C., art. 1587).

§ II.

Vente sous condition résolutoire.

Dans le langage des jurisconsultes romains, lorsque la vente est affectée d'une condition résolutoire, elle reste pure et simple, et les deux parties peuvent en poursuivre immédiatement l'exécution ; la résolution seule est conditionnelle. *Pura emptio, quæ sub conditione resolvitur* (L. 2, D., *De in diem add.*, 18-2). Remarquons d'ailleurs que la condition résolutoire, comme la condition suspensive, affecte le contrat lui-même et par suite toutes les obligations qui en dérivent.

Principaux exemples. — Parmi les principaux exemples de conditions résolutoires dans la vente, on doit signaler : le *pactum displicentiæ*, le *pactum de retro vendendo*, le *pactum addictionis in diem* et le *pactum legis commissoriæ*.

1° *Pactum displicentiæ.* — C'est là une nouvelle forme de vente à l'essai, qui subordonne le maintien du contrat à la condition que la chose vendue ne cessera pas de plaire à l'acheteur, dans un délai déterminé. *Si intra certum tempus res tibi displicuerit, res erit inempta.* Cette clause, plus souple que la législation des édiles sur les vices de la chose vendue, dispensait l'acheteur de faire la preuve d'un vice quelconque (L. 3, D., *De contr. empt.*, 18-1. — L. 4, C., *De ædilitiis actionibus*, 4-58) (1).

2° *Pactum de retro vendendo.* — Cette clause, qu'il ne faudrait

(1) C'est une question discutée que celle de savoir si l'indication d'un délai préfixe était nécessaire dans le *pactum displicentiæ ;* on doit probablement admettre l'affirmative pour que l'acheteur ne soit pas tenu sous une condition potestative de sa part (*Contra*, L. 31, § 22, D., *De ædil. edict.*, 21-1).

pas confondre avec le *pactum præemptionis*, constitue une véritable condition résolutoire et non pas simplement une revente. Le réméré permet en effet au vendeur de résoudre le contrat et de reprendre sa chose, soit dans un certain délai, soit à une époque quelconque, sous la seule obligation de restituer le prix (L. 2, C., *De pactis inter.*, 4-54. — Conf., C. C., art. 1669-1673) (1).

3° *Addictio in diem.* — Cette clause réserve au vendeur la faculté de vendre la chose à tout autre acheteur qui, dans un délai déterminé, lui proposerait de meilleures conditions, telles qu'un prix plus élevé, un terme plus proche, des garanties plus sûres, un lieu de paiement plus commode, etc. Le *pactum addictionis in diem* n'opère pas de plein droit, car le vendeur peut refuser les offres nouvelles, et l'acheteur, s'il lui convient de les réaliser lui-même, est maître de conserver la chose; mais il ne la conserve qu'en vertu d'un titre nouveau, d'une seconde vente (L. 2; L. 4, § 5; L. 5; L. 6; L. 7, D., *De in diem add.*, 18-2).

4° *Lex commissoria.* — Le *pactum legis commissoriæ* est une clause par laquelle les contractants conviennent que la vente sera résolue, si l'une des parties contrevient à son obligation. Dans l'usage, on la fait le plus souvent au profit du vendeur; elle lui donne le choix de résoudre le contrat, ou de l'exécuter en poursuivant le prix; son option est irrévocable, une fois manifestée par une action en justice. Cette condition résolutoire n'est jamais sous-entendue de plein droit au profit du vendeur, comme en droit français, elle doit être formellement inscrite dans le contrat (L. 2; L. 4, §§ 2, 4, D., *De lege commiss.*, 18-3. — Conf., C. C., art. 1184, 1654) (2).

Effets de la condition résolutoire. — Lorsque la condition résolutoire vient à défaillir, le contrat reste définitivement pur et simple. Mais s'accomplit-elle au contraire? alors de deux choses l'une, ou bien le contrat n'avait pas reçu d'exécution, et les obligations qu'il a produites sont désormais éteintes; ou bien l'exécution avait précédé la résolution, et ce dernier cas, plus ordinaire que les autres, soulève une triple question. Que deviennent les obliga-

(1) Le Code civil exige que la clause de réméré soit stipulée pour un terme n'excédant pas cinq années (C. C., art. 1660).

(2) Les interprètes controversent le point de savoir si la *lex commissoria* ne peut pas être ajoutée à la vente sous forme de condition suspensive (L. 1, D., *De lege commissoria*, 18-3; L. 38, § 2, D., *Ad legem Falcid.*, 35-2; L. 2, § 3, D., *Pro emptore*, 41-4).

tions mises à la charge des parties? Qu'arrive-t-il de la propriété transférée à la suite du contrat? Que devient la possession de la *res vendita?*

I. — *Effets de la condition résolutoire accomplie sur les obligations.* — L'accomplissement de la condition résolutoire oblige les parties à faire disparaître tous les effets de la vente.

L'acheteur doit donc restituer la chose, *rem*, avec ses accessoires, *cum omni causa*. Les accessoires comprennent ici : 1° tous les bénéfices procurés à l'acheteur par la vente, notamment les fruits qu'il a perçus depuis la tradition et les actions qu'il a pu acquérir à l'occasion de la chose; 2° le préjudice quelconque qu'il a causé au vendeur, par exemple les détériorations provenues de son fait (L. 4, § 4; L. 6; L. 14, § 1, D., *De in diem addict.*, 18-2).

De son côté, le vendeur doit la restitution du prix ou de la portion qu'il en a touchée, et le remboursement des impenses nécessaires régulièrement faites par l'acheteur; peut-être doit-il aussi le remboursement des impenses utiles, au moins dans la mesure de la plus-value. Quant aux intérêts du prix, il en est certainement redevable, malgré le silence des textes; ces intérêts, en effet, représentent les fruits qui lui sont rendus (L. 16, D., *De in diem addict.*, 18-2) (1).

Pour la poursuite de ces obligations réciproques les contractants furent toujours munis de la *condictio sine causa* fondée sur ce que les prestations faites en vertu de la vente étaient désormais devevenues sans cause (L. 1, § 2, D., *De cond. sine causa*, 12-7).

Mais bientôt, on reconnut la nécessité d'accorder aux parties une action contractuelle plus large dans ses effets et plus souple dans son application. Seulement les deux écoles ne s'entendirent pas sur l'action qu'il convenait d'accorder. Les Sabiniens donnaient l'action même de la vente, *empti* ou *venditi;* ils la fondaient sur le principe que tout pacte, fait au moment de la formation d'un contrat de bonne foi, en devient partie intégrante et participe à sa force obligatoire, fût-ce pour le dissoudre. Les Proculiens, fidèles à leur tendance accoutumée, donnaient l'action *præscriptis verbis*, car pour eux la vente, une fois résolue, laissait apparaître à sa place un

(1) Exceptionnellement, si la vente est résolue en vertu d'une *lex commissoria*. le vendeur ne rend rien; car la résolution n'est imputable qu'à l'acheteur, dont on adoucit alors la situation rigoureuse en le dispensant de la restitution des fruits (L. 4, § 1; L. 6, D., *De lege commiss.*, 18-3).

contrat innomé, qui s'était formé par une aliénation consentie sous la charge d'une retranslation ultérieure. La controverse fut tranchée par Alexandre Sévère qui laissa aux parties le choix entre ces deux sortes d'actions (L. 6, § 1, D., *De contr. empt.*, 18-1; L. 4, D., *De lege commiss.*, 18-3; L. 6, D., *De rescind. vend.*, 18-5. — L. 2, C., *De pactis inter empt.*, 4-54).

II. — ***Effets de la condition résolutoire sur la translation de propriété.*** — La condition résolutoire peut, en s'accomplissant, faire disparaître le contrat et anéantir les obligations qu'il avait engendrées, mais elle ne peut en principe exercer aucune influence sur le transfert de propriété qui a eu lieu à titre de vente. Aussi tant que l'acheteur n'a pas exécuté son obligation de restituer la chose, il en reste propriétaire, et le vendeur n'en recouvre pas la propriété par le seul accomplissement de la condition résolutoire.

C'est l'application de la grande règle du pur droit romain, que la propriété ne peut être transférée *ad tempus* (*Voir* t. I, p. 150).

Cette ancienne doctrine, en n'ouvrant au vendeur qu'une action de créance, l'exposait à de graves inconvénients. Car il se trouvait désarmé contre les constitutions de droits réels ou les aliénations consommées par l'acheteur sur la chose; fût-elle même restée libre dans ses mains, ce dernier pouvait être insolvable, et le vendeur subissait alors la nécessité de venir en concours avec d'autres créanciers sur le prix de son bien. Aussi, vers la fin de l'époque classique, deux jurisconsultes proposèrent-ils, au cas où la condition résolutoire était établie dans l'intérêt du vendeur, de tenir la propriété pour résolue de plein droit en même temps que la vente et d'accorder au vendeur une action *in rem* pour reprendre la chose entre les mains des tiers détenteurs. Ulpien se fit le champion, timide encore, de cette innovation, qui n'avait pas été complètement étrangère à Marcellus; mais cette théorie était trop contraire aux principes pour prévaloir immédiatement; elle fut condamnée par les rescrits impériaux et notamment par une constitution de Dioclétien. Cependant, elle finit par triompher dans le dernier état du droit, et Justinien, plus hardi que ses devanciers, n'hésita pas à sacrifier le rigorisme du droit civil à l'intérêt des parties et à leur intention bien évidente. Aussi décida-t-il que l'accomplissement de la condition résolutoire ferait revenir *ipso jure* la propriété de la tête de l'acheteur sur la tête du vendeur (L. 41, D., *De rei vind.*, 6-1; L. 4, § 3, D., *De in diem add.*, 18-2; L. 29, D., *De mortis*

causa donat., 39-6. — F. V., § 283. — L. 2, C., *De donat. quæ sub modo*, 8-55).

Dès lors, par cela seul que la condition résolutoire s'est accomplie, l'acheteur perd la propriété, le vendeur la recouvre, et l'action en revendication passe du premier au second. Ce résultat s'opère d'ailleurs sans effet rétroactif; cette remarque n'intéresse pas les actes faits par l'acheteur, qui sont en toute hypothèse effacés du même coup que sa propriété; car il n'a pu transmettre plus de droit qu'il n'en avait. Le défaut de rétroactivité signifie seulement que les aliénations totales ou partielles, consenties par le vendeur depuis la tradition jusqu'à l'événement de la condition résolutoire, demeurent inefficaces (L. 4, § 3, D., *De in diem add.*, 18-2).

Il ne faut pas croire, du reste, que la nouvelle théorie ait supprimé pour le vendeur toute l'utilité des actions *venditi* ou *præscriptis verbis*. D'abord la revendication n'appartient qu'au vendeur qui avait la propriété lors de la tradition; car on ne concevrait pas qu'il redevint propriétaire sans l'avoir jamais été; cette restriction vise surtout l'hypothèse où l'acheteur a usucapé *pendente conditione*. Ensuite, la revendication ne saurait procurer au vendeur les restitutions ou les indemnités qui lui sont dues en vertu de faits antérieurs à la résolution; les pouvoirs du juge de cette action ne remontent jamais au delà du jour qui a vu le demandeur acquérir ou recouvrer le *dominium*.

La retranslation *ipso jure* de la propriété ne s'attache avec certitude qu'à celles des conditions résolutoires qui sont consenties dans l'intérêt exclusif du vendeur, comme la *lex commissoria*, l'*addictio in diem*, etc. Il est seulement probable que les jurisconsultes l'étendirent aux conditions résolutoires dont les deux parties pouvaient se prévaloir. Mais il n'eût pas été logique d'en investir les résolutions organisées au profit de l'acheteur seul, et les textes résistent à cette extension (L. 3, D., *Quibus modis pignus*, 20-6).

III. — *Effets de la condition résolutoire sur la possession.* — Le vendeur, redevenu ou non propriétaire par l'accomplissement de la condition, n'en a pas moins cessé de posséder pendant toute la durée de la possesion de l'acheteur. D'un autre côté, l'acheteur n'a pu posséder pour le compte du vendeur, puisqu'il avait lui-même l'*animus domini*. De là un problème intéressant; supposons qu'une usucapion, commencée par le vendeur avant la vente, n'ait pas été consommée par l'acheteur; le vendeur demeuré de bonne foi

la continue-t-il en reprenant la chose après la résolution? en d'autres termes, peut-il joindre à sa possession actuelle la possession intérimaire de l'acheteur et son ancienne possession? L'affirmative était certaine dans le droit classique; car le vendeur ne recouvrant la chose qu'en vertu d'une rétrocession, était l'ayant-cause de l'acheteur; il suffisait d'appliquer ici les principes de l'*accessio temporis*. Dans le système nouveau, la réponse doit être la même; car le vendeur invoquera les anciennes règles, puisque la résolution ne peut lui transférer *ipso jure* une propriété qu'il n'avait pas lors de la tradition. Aussi Justinien a-t-il conservé la décision donnée par les jurisconsultes de l'époque classique (L. 19, D., *De usurp. et usuc.*, 41-3).

QUATRIÈME SECTION.

RISQUES DANS LA VENTE.

La question des risques ne se comprend qu'à l'égard de la chose vendue, et dans l'hypothèse où la vente porte sur un corps certain (1).

Cette question suppose, en effet, que la chose vendue a subi par cas fortuit ou force majeure une destruction totale ou partielle, dans l'intervalle de la vente à la tradition. On se demande alors si l'acheteur, qui ne reçoit rien ou qui ne reçoit qu'un objet détérioré, voit en retour sa dette du prix s'éteindre ou diminuer.

Il faut donc éliminer de la théorie des risques deux hypothèses qui lui sont étrangères : 1° si la perte provient de la faute du vendeur, il en est responsable comme gardien de la chose, et l'on connaît déjà l'étendue de cette responsabilité; 2° si les contractants, par une convention formelle, ont mis à la charge du vendeur les cas fortuits ou de force majeure, leur volonté doit naturellement prévaloir; c'est une clause de ce genre que prévoit Justinien, lorsqu'il dit que le vendeur peut aggraver sa responsabilité de droit commun, en promettant la *custodia* jusqu'à la tradition (L. 35, § 1, D., *De cont. empt.*, 18-1. — *Inst.*, L. III, t. XXIII, *De emptione*, § 3).

(1) Si la vente s'appliquait à un genre ou à une quantité, la question des risques serait écartée par suite du principe : *genera non pereunt*.

En dehors de ces circonstances, sur qui pèsent les risques? Le droit romain distingue suivant que la vente est conditionnelle ou suivant qu'elle ne l'est pas.

Ventes non conditionnelles. — Dans les ventes non conditionnelles, c'est-à-dire pures et simples ou à terme, les risques de la perte totale ou partielle sont pour l'acheteur, en ce sens qu'il devra quand même payer tout le prix. Telle est certainement la véritable doctrine romaine; malgré quelques divergences moins réelles qu'apparentes, elle a pour elle les principes généraux et l'autorité des textes (*Inst.*, L. III, t. XXIII, *De emptione*, § 3. — L. 5, § 2, D., *De rescind. vend.*, 18-5; L. 11, pr., D., *De evictionibus*, 21-2. — L. 6, C., *De periculo et comm.*, 4-48. — Conf., C. C., art. 1138).

Il est d'ailleurs facile de comprendre que l'acheteur subisse les risques de la perte partielle, puisqu'il avait la chance contraire de profiter, sans augmentation de prix, des améliorations et des accroissements survenus à la chose dans l'intervalle de la vente à la tradition; on applique la règle : *Ubi emolumentum, ibi onus esse debet.* Quant aux risques de la perte totale, il les supporte pour une raison plus générale et qui s'applique aux deux cas : c'est que, s'il est nécessaire dans la vente que chacune des parties s'oblige pour obliger l'autre; une fois les deux obligations formées, elles sont indépendantes et distinctes. Dans le cours de leurs destinées divergentes, celle de l'acheteur ne peut s'éteindre par la perte de l'objet, puisque *genera non pereunt;* celle du vendeur, au contraire, est susceptible de ce mode d'extinction, puisque *debitor liberatur interitu rei debitæ* (1).

Il est évident d'ailleurs que si le vendeur est libéré de ses obligations par la perte fortuite de la *res vendita*, il doit au moins livrer ce qui lui reste de la chose ainsi que les actions qui lui compètent contre les tiers à l'occasion du cas fortuit qui a détruit la chose (L. 35, § 4, D., *De cont. emp.*, 18-1. — *Inst.*, L. III, t. XXIII, *De empt.*, § 3, *in fine*. — Conf., C. C., art. 1303).

Ventes sous condition suspensive. — Si la vente est sous

(1) On a objecté à cette doctrine : la maxime *res perit domino*, un texte d'Africain, la loi 33, D., *Locati*, 19-2 et la loi 14, pr., D., *De periculo et comm.*, 18-6. — Il suffit de répondre que la règle *res perit domino* n'est pas romaine ou que plutôt elle n'a pas le sens qu'on lui attribue. Le texte d'Africain s'explique par les principes spéciaux régissant la théorie de la confiscation. Quant à la loi 14, pr., D., *De peric.*, 18-6, elle suppose le vendeur en faute.

condition suspensive, et que la condition s'accomplisse, les risques de la perte survenue *pendente conditione* pèsent tantôt sur l'une, tantôt sur l'autre des parties.

L'acheteur supporte la perte partielle, en ce sens qu'il doit tout le prix, sans pouvoir exiger aucune diminution.

Mais la perte totale est à la charge du vendeur, en ce sens qu'il n'a pas droit au prix. Car, au moment où la condition s'est réalisée, elle n'a pu, faute d'objet, donner naissance à l'obligation du vendeur ; par conséquent l'obligation corrélative de l'acheteur n'a pu se former, faute de cause. Opposer ici l'effet rétroactif de la condition serait une pétition de principe ; car, pour rétroagir, il aurait fallu que la condition pût se réaliser (L. 8, pr., D., *De periculo et commodo*, 18-6. — L. 14, D., *De novat.*, 46-2. — Conf., C. C., art. 1182) (1).

Ventes sous condition résolutoire. — Quand la chose vendue sous condition résolutoire périt ou se détériore *pendente conditione*, et que la condition vient ensuite à défaillir, l'acheteur supporte indubitablement les risques; car la vente est réputée avoir toujours été pure et simple dès l'origine, et le restera désormais sans retour. Il est non moins certain que, si la condition s'accomplit, le vendeur subit les risques de la perte partielle, et doit restituer tout le prix en échange de la chose diminuée qu'on lui rend.

Mais, dans le cas où la condition s'accomplit, la plupart des auteurs infligent à l'acheteur les risques de la perte totale. Cette doctrine s'appuie sur ce que la résolution ne peut plus s'opérer, attendu que la chose n'existe plus; l'acheteur n'a plus dès lors aucun droit à retenir ou réclamer le prix. Le vendeur sous condition résolutoire, dit-on, est dans la même situation qu'un acheteur sous condition suspensive; car l'un et l'autre sont créanciers conditionnels de la chose. En conséquence, le premier n'a pas à souffrir des risques plus que le second.

Ce raisonnement pèche par la base. Il part de ce principe inexact que la résolution de la vente est une revente. Or, dans le cas de condition suspensive, il s'agit de former le contrat, et tout le monde comprend que la formation en soit impossible, s'il n'y a plus d'objet à l'avènement de la modalité. Dans le cas de condition résolutoire,

(1) Ces règles s'appliqueraient aussi à la constitution de dot antérieure au mariage et portant sur un *res æstimata*; il y aurait alors au profit du futur mari une véritable vente conditionnelle (L. 10, §§ 4, 5, D., *De jure dotium*, 23-3).

il s'agit à l'inverse de détruire le contrat, et personne ne démontre que l'existence de l'objet soit indispensable à cette destruction. Assimiler les deux conditions suspensive et résolutoire, c'est exiger les mêmes éléments pour détruire un contrat que pour le faire naître.

De plus, si l'on se place au point de vue de l'intention des parties, il est clair qu'elles ont entendu revenir, par l'accomplissement de la condition résolutoire, à leur point de départ, qui était l'inexistence de la vente. Or, s'il n'y avait pas eu de vente, c'est manifestement au préjudice du vendeur que périrait la chose.

Enfin les textes ne laissent la perte totale au compte de l'acheteur qu'en l'hypothèse où cette perte entraîne de toute nécessité la défaillance de la condition résolutoire. C'est dire clairement que le vendeur la supporte dans les autres cas. Par conséquent et pour conclure, toutes les fois que la condition résolutoire s'accomplit, les risques de la perte totale ou partielle pèsent sur le vendeur, en ce sens qu'il est sans droit pour exiger ou conserver le prix (L. 2, § 1; L. 3, D., *De in diem add.*, 18-2; L. 2, D., *De lege commissoria*, 18-3).

APPENDICE.

RESCISION DE LA VENTE POUR LÉSION.

On sait déjà qu'il n'y a pas de vente sans un prix réel et sérieux; mais le prix sérieux ne doit pas se confondre avec le juste prix. Le prix n'est pas sérieux, *pretium verum*, quand il est fictif ou dérisoire, la vente alors ne prend pas naissance; le prix n'est pas juste, *pretium justum*, quand il ne représente pas exactement la valeur de la chose vendue; cette circonstance n'empêche pas la formation du contrat. Il est donc possible que la vente reste valable en dépit d'une inégalité profonde entre la valeur de la chose et le prix que l'acheteur en donne.

Tantôt, en effet, le vendeur s'est volontairement contenté d'un prix vil. L'acte est alors vente et donation tout ensemble, et soumis aux règles qu'entraînent ces deux caractères; mais il se forme, comme une vente, par le simple consentement entre toutes personnes réciproquement capables de se faire des libéralités (L. 38, D., *De contr. empt.*, 18-1).

Tantôt, au contraire, c'est par nécessité, et sous la pression d'un

vif besoin d'argent, que le vendeur a accepté le prix vil. L'acte est alors une vente sans mélange. Bien que le vendeur s'y trouve lésé, la législation classique ne lui a jamais permis de l'attaquer; car le droit ne peut défendre aux contractants à titre onéreux de chercher à qui mieux mieux leur avantage dans le contrat, pourvu qu'ils s'abstiennent de dol; les Romains appellent même *bonus dolus* l'habileté qui réussit à se procurer une bonne affaire juridiquement irréprochable.

Ces principes furent modifiés par Dioclétien qui décida que, toutes les fois que le prix serait inférieur à la moitié de la valeur réelle de la chose, le vendeur pourrait obtenir la rescision du contrat et recouvrer son bien, en rendant ce qu'il a reçu. L'acheteur échappe d'ailleurs à la rescision, s'il préfère payer tout le supplément du juste prix (L. 2; L. 8, C., *De rescind. vend.*, 4-44) (1).

On décide généralement que la rescision pour lésion d'outre-moitié s'applique indistinctement aux ventes de meubles aussi bien qu'aux ventes d'immeubles, bien que le rescrit de Dioclétien ne vise textuellement que la vente d'un fonds. Mais on n'a jamais songé à gratifier l'acheteur du droit à la rescision pour lésion, parce qu'on ne pourrait le fonder, à son égard, sur le même motif de détresse pécuniaire (Conf., C. C., art. 1674-1685) (2).

CHAPITRE XIV.

LOUAGE.

(*Inst.*, L. III, t. XXIV.)

Le louage (*locatio-conductio*) est un contrat consensuel, nommé, synallagmatique parfait et de bonne foi, qui engendre pour l'une des parties, moyennant un prix en argent que l'autre doit payer, l'obligation de procurer à celle-ci la jouissance temporaire d'une chose, ou de lui fournir temporairement ses services, ou de faire

(1) L'art. 1681 du Code civil autorise, dans ce cas, l'acheteur à retenir un dixième du prix total (*Contra*, art. 891 C. C.).

(2) Faut-il étendre le principe de la rescision pour cause de lésion à tous les contrats de bonne foi? Le silence des textes et la nature tout exceptionnelle de la rescision pour lésion ne semblent pas justifier une pareille extension.

pour son compte un ouvrage déterminé. Les textes l'appellent (*locatio-conductio*) pour faire entendre qu'à l'instar de la vente, il est complexe, crée des situations juridiques différentes pour chacune des parties et produit des engagements réciproques.

Le louage a d'ailleurs la plus grande analogie avec la vente, comme le constatent Gaius et Justinien; mais il en diffère par ce point essentiel, qu'il n'y est jamais question de déplacer la propriété, *non solet locatio dominium mutare* (*Gaius*, III, 142. — L. 39, D., *Locati, conducti*, 19-2. — *Inst.*, L, III, t. XXIV, *De locatione*, pr.).

On distingue trois espèces de louages tirées de la nature de la prestation fournie en échange du prix : 1° le louage de choses, *locatio-conductio rerum;* 2° le louage de services, *locatio-conductio operarum;* 3° le louage d'ouvrage, *locatio-conductio operis* (Conf., C. C., art. 1713-1799).

§ I.

Notions générales sur le louage.

On rencontre dans le louage les quatre éléments constitutifs qui figurent dans la vente : 1° le consentement des parties; 2° la capacité des contractants; 3° un objet possible et licite; 4° un prix (*merces*).

Les deux premiers éléments dépendent des règles générales applicables à tous les contrats; l'objet sera étudié à propos de chaque espèce de louage; quant à la *merces*, il nous suffira d'indiquer les caractères qu'elle présente.

Il faut remarquer cependant que certaines incapacités spéciales avaient été attachées par la loi romaine au louage de choses; c'est ainsi que le tuteur ou curateur ne peut prendre à bail les biens de l'empereur ou du fisc, avant d'avoir rendu ses comptes; les militaires ne sont pas admis à devenir fermiers de fonds de terre pendant la durée de leur service; enfin les *curiales* ne peuvent pas devenir locataires d'immeubles (L. 49; L. 50, D., *Locati*, *conducti*, 19-2. — L. 30; L. 31; L. 35, C., *De locato conducto*, 4-65).

Caractères de la merces. — Les caractères de la *merces* du louage reproduisent ceux du *pretium* de la vente :

1° La *merces* doit consister en argent. Supposons que je vous laisse jouir de ma chose, à la condition que vous me laisserez jouir de la vôtre; cette convention n'est pas un commodat, puisqu'elle

contient une rémunération; elle n'est pas un louage, puisque la rémunération n'y consiste pas en argent; elle constitue donc un contrat innomé et produit l'action *præscriptis verbis* (*Gaius*, III, 144. — L. 17, § 3, D., *De præscr. verbis*, 19-5. — *Inst.*, L. III, t. XXIV, *De locatione*, § 2).

2° La *merces* doit être réelle et sérieuse, *vera*. Si la *merces* était fictive, il n'y aurait pas louage, mais commodat ou donation, suivant l'hypothèse. La rescision pour cause de lésion serait d'ailleurs inapplicable ici et le louage serait valable quelle que fût la disproportion entre la prestation et le prix (L. 23; L. 46, D., *Locati*, 19-2).

3° La *merces* doit être *certa*, dans le même sens que le *pretium*. Si les parties s'en remettent à l'arbitrage d'un tiers déterminé, Justinien reproduit la décision déjà donnée pour la vente, et subordonne le louage à la condition que le tiers voudra et pourra remplir sa mission. Dans le cas où les parties conviennent de ne fixer le prix qu'une fois la jouissance finie ou le travail exécuté, il se forme, non pas un louage, puisque la *merces* n'est pas *certa*, mais un contrat innomé qui entraîne l'action *præscriptis verbis*. Il existe notamment entre eux cette grave différence que le louage serait obligatoire dès l'accord des volontés, et que le contrat innomé le devient seulement par l'exécution (*Gaius*, III, 143. — *Inst.*, L. III, t. XXIV, *De locatione*, § 1).

Formation du louage. — Comme la vente, le louage se forme, en sa qualité de contrat consensuel, par l'accord des volontés sur l'objet des deux obligations, c'est-à-dire sur le prix et sur la *res locata*; il peut donc se former *inter absentes* par correspondance ou *per nuntium*.

Mais il faut étendre au louage les distinctions que fit Justinien entre les ventes par écrit et les ventes sans écrit (*Inst.*, L. III, t. XXIV, *De locatione*, pr. — L. 17, C., *De fide instrum.*, 4-21; — *supra*, p. 146).

§ II.

Louage de choses.

Il y a louage de choses, *locatio-conductio rerum*, lorsque l'une des parties livre à l'autre, en échange de la *merces* qu'elle reçoit, la jouissance temporaire d'une chose. La partie qui doit fournir la jouissance de la chose se nomme bailleur, *locator* ou *dominus*; on

lui donne ce dernier nom alors même qu'il ne serait pas propriétaire; car on le répute tel dans ses rapports avec l'autre partie. Le preneur ou locataire s'appelle *conductor* en général, et spécialement *inquilinus* pour une maison, *colonus* pour un fonds rural.

Objet de la locatio rerum. — Ce louage peut avoir pour objet toute chose corporelle, immobilière ou mobilière, pourvu qu'elle soit dans le commerce et considérée comme corps certain. Parmi les choses incorporelles, les servitudes prédiales, l'usage, et jusqu'à Justinien le droit d'habitation, ne sont pas valablement loués à titre principal; mais la location d'un immeuble comprend à titre d'accessoires les servitudes actives dont il est investi (L. 11, § 2, D.; *Locati*, 19-2).

On ne peut devenir locataire de sa propre chose, à moins que le *locator* n'ait sur la chose un droit de possession ou de quasi-possession opposable au *conductor;* tel est par exemple le cas de l'usufruitier et du créancier gagiste (L. 20, C., *De locato conducto*, 4-65).

Effets de la locatio rerum. — En l'absence de clauses qui règlent les obligations réciproques des parties, les effets du louage sont déterminés par l'usage et l'équité. Il engendre l'action *locati* en faveur du bailleur, l'action *conducti* en faveur du preneur; ces deux actions sont civiles, personnelles, perpétuelles et de bonne foi.

Un principe applicable aux deux contractants, c'est qu'ils répondent de leur dol et de toute espèce de faute, considérée *in abstracto;* car ils sont l'un et l'autre intéressés au contrat (*Inst.*, L. III, t. XXIV, *De locatione*, § 5. — L. 28, C., *De locato*, 4-65).

Obligations du LOCATOR. — Deux obligations principales grèvent le bailleur.

I. — La première et la principale, c'est de procurer au preneur la jouissance de la chose pour toute la durée du bail; il doit *præstare frui licere*, c'est-à-dire mettre le preneur en possession de la chose de manière à ce qu'il puisse en user et en percevoir les fruits. Le *conductor* gagne les fruits, comme l'usufruitier, par la perception; du reste, il importe peu qu'il jouisse par lui-même ou par l'intermédiaire d'un tiers; il lui est donc permis de sous-louer toutes les fois qu'une clause du bail ne s'y opposera pas (L. 6, C., *Locato*, 4-65. — Conf., C. C., art. 1717).

Cette obligation est fertile en conséquences. Car elle oblige le bailleur: 1° à livrer la chose avec ses accessoires; 2° à l'entretenir

en bon état de réparations; 3° à dédommager le preneur des vices, ignorés ou connus du *locator*, qui mettent obstacle à la jouissance de la chose; 4° à le garantir de toute éviction. Si le preneur est évincé, soit par un propriétaire antérieur au bail, soit en vertu d'une aliénation consentie par le bailleur depuis le contrat, il peut avoir le choix entre deux actions, ou l'action *ex stipulatu* avec ses conséquences rigoureuses, ou, dans tous les cas, l'action *conducti* qui lui fait obtenir la réparation complète du préjudice éprouvé, avec la décharge de ses propres engagements pour l'avenir (L. 7; L. 8; L. 9; L. 15, § 1; L. 19, § 2, D., *Locati*, 19-2. — Conf., C. C., art. 1719, 1720, 1721) (1).

II. — Le bailleur est encore tenu d'une seconde obligation plus accidentelle et moins importante que la précédente. Il doit en effet rembourser au preneur les impenses nécessaires ou utiles qu'il a faites sur la chose, à moins que le locataire ne préfère enlever les impenses utiles sans commettre aucune dégradation (L. 55, § 1, D., *Locati*, 19-2).

Obligations du CONDUCTOR. — Le preneur contracte de son côté trois obligations.

I. — Il doit payer aux termes convenus la *merces*, qui prend ordinairement dans les textes le nom de *reditus* ou de *pensio* pour marquer qu'elle est payable périodiquement. Les colocataires d'une même chose, s'il n'a pas été convenu que la dette se divisait entre eux, sont tenus *in solidum* (L. 13, C., *De locato*, 4-65).

II. — Le *conductor* doit, pendant tout le cours de sa jouissance, maintenir la destination de la chose et l'exploiter en bon père de famille; sa responsabilité s'apprécie *in abstracto*. On en conclut notamment qu'il serait responsable des servitudes actives qu'il aurait laissé s'éteindre par le non-usage (L. 11, § 2, D., *Locati*, 19-2. — Conf., C. C., art. 1729, 1768).

III. — Hormis le cas d'une perte fortuite, le preneur doit restituer la chose à la fin du bail; il ne peut s'y dérober, même en se prétendant investi du droit de propriété, qu'il sera libre d'invoquer

(1) Le bailleur étant obligé de procurer au preneur la paisible jouissance de la *res locata* devrait évidemment s'abstenir de tous actes qui seraient de nature à troubler cette jouissance. Toutefois, si la maison louée avait besoin de réparations urgentes, le preneur serait obligé de les supporter sans indemnité, pourvu qu'elles ne fussent pas de longue durée et que le trouble apporté à la jouissance ne fût pas excessif (L. 15, § 8; L. 27, pr., D., *Locati*, 19-2. — Conf., C. C., art. 1724).

seulement après la restitution (L. 25, C., *De locato*, 4-65. — *Inst.*, L. III, t. XXIV, *De locatione*, § 5).

Risques dans le louage de choses. — La question des risques est loin de recevoir dans le louage la même solution que dans la vente; car les obligations du vendeur et de l'acheteur, une fois constituées, deviennent étrangères l'une à l'autre, tandis que les obligations du bailleur et du preneur sont toujours dans un état de corrélation étroite et de mutuelle dépendance; dès que l'une des obligations disparaît, l'autre s'éteint par voie de conséquence.

En effet, le bailleur a promis la jouissance de la chose louée; il est donc débiteur, non d'un corps certain, mais d'un *facere* et, dès lors, il ne peut se prévaloir de la maxime *debitor rei certæ interitu ejus liberatur*. Sans doute, si la chose louée vient à périr fortuitement, la continuation du fait dû se trouvera désormais irréalisable, et le bailleur n'en sera plus tenu. Mais, en revanche, il ne pourra plus exiger la continuation d'un salaire qui manquerait dorénavant de cause. Bref, du moment que l'obligation de fournir la jouissance est successive, l'obligation de payer la *merces* l'est aussi, et les risques de la perte totale de la chose louée pèsent sur le bailleur. On va même jusqu'à permettre au preneur la répétition des termes payés d'avance (L. 19, § 6, D., *Locati*, 19-2).

Il faut régler de la même manière les risques de la perte partielle. Si quelque cause fortuite ou de force majeure diminuait sensiblement pour le locataire l'utilité de la jouissance, il aurait droit à une diminution proportionnelle du loyer. Tel est, par exemple, dans un bail urbain, le cas où le *dominus* gêne le locataire par de grandes réparations. Tel est, dans un bail rural, le cas où la récolte d'une année se trouve, avant la perception, anéantie ou considérablement réduite; seulement la remise n'est que provisoire en cette hypothèse, et si les récoltes suivantes compensent la perte, le preneur devra payer le terme dont il avait été momentanément déchargé (L. 15, §§ 2-7; L. 27, pr., D., *Locati*, 19-2. — Conf., C. C., art. 1769-1771).

Fin de la locatio rei. — Remarquons d'abord que la *locatio rei* ne prend pas fin à la mort de l'une des parties contractantes; toutes les conséquences du bail se transmettent héréditairement (*Inst.*, L. III, t. XXIV, *De locat.*, § 6. — Conf., C. C., art. 1742).

Ce contrat peut d'ailleurs finir de six manières principales qui sont : 1° l'expiration du terme convenu; 2° le mutuel dissentiment;

3° la perte totale de la chose; 4° l'aliénation de la *res locata* par le bailleur; 5° la résolution du droit du *locator;* 6° la sentence du juge.

I. — Le louage de choses cesse d'abord régulièrement par l'expiration du terme convenu. Mais si le preneur, à cette échéance, continue à jouir sans opposition du bailleur, ce silence réciproque engendre un nouveau bail, qu'on appelle *tacite reconduction*. Ce nouveau bail suppose évidemment que les parties se retrouvent capables de consentir, et que les mêmes conditions restent en vigueur. Cependant il diffère du précédent à deux égards : 1° pour les biens ruraux, la tacite reconduction est présumée d'un an, et s'achève en principe au gré de chaque partie pour les maisons; 2° les sûretés réelles ou personnelles, que des tiers avaient pu attacher à l'ancienne obligation de l'un des contractants, ne garantissent pas l'obligation nouvelle (L. 13, § 11, D., *Locati*, 19-2. — L. 7, C., *De locato*, 4-65. — Conf., C. C., art. 1738, 1740) (1).

II. — Le mutuel dissentiment, *mutuus dissensus*, peut également anéantir le louage, par application des principes généraux sur les contrats consensuels.

III. — La perte totale de la chose louée en faisant disparaître l'objet du louage en produit naturellement l'extinction.

IV. — La *locatio rei* prend encore fin lorsque le bailleur aliène la chose louée; ceci revient à dire que le tiers acquéreur n'est pas obligé de respecter le bail portant sur la chose qui lui a été vendue, à moins qu'il ne s'y soit engagé par une clause expresse (Loi *Emptorem*, L. 9, C., *De locato*, 4-65. — *Contra*, C. C., art. 1743) (2).

V. — Le louage doit également tomber lorsque le droit du *locator* est résolu rétroactivement, *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

VI. — Enfin la *locatio rei* peut s'éteindre par sentence du juge. La résolution judiciaire est prononcée à la requête du *conductor* ou du *locator*. Le locataire peut la demander lorsque sa jouissance est empêchée ou sensiblement diminuée par le fait du bailleur ou d'un tiers (L. 25, § 2; L. 33, D., *Locati*, 19-2).

Le bailleur peut de son côté faire résilier le bail lorsque le

(1) La loi 13, § 11, D., *Locati*, 19-2, relative à la tacite reconduction des maisons, contient une phrase sans doute altérée et dont l'obscurité a donné lieu à de sérieuses difficultés d'interprétation.

(2) Cette disposition de la loi *Emptorem*, conforme aux principes généraux, ne s'appliquait pas du reste aux baux consentis par le fisc ou par l'empereur (L. 50, D., *De jure fisci*, 49-14. — L. 3, C., *De mancipiis*, 11-62).

locataire commet des abus de jouissance ou reste deux années sans payer la *merces* (L. 54, § 1 ; L. 56, D., *Locati*, 19-2).

Une disposition curieuse de la loi romaine autorise même le *dominus* à demander la résiliation du louage dans le cas spécial où il aurait un besoin indispensable de la maison qu'il avait louée, pour l'habiter lui-même ou pour la rebâtir (Loi *Æde locata;* L. 3, C., *De locato*, 4-65. — *Contra*, C. C., art. 1761).

Comparaison du louage et de l'usufruit. — La situation juridique du locataire offre plusieurs points de ressemblance avec la position de l'usufruitier. Par exemple, l'un et l'autre jouissent de la chose d'autrui, et les fruits ne leur sont acquis que par la perception, tandis que le possesseur de bonne foi en devient propriétaire par la séparation (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 36).

Mais de profondes différences sont ici à signaler :

1° L'usufruitier est investi d'un droit réel qui manque au *conductor;* en conséquence, il a contre les tiers une action réelle, il peut avoir des interdits quasi-possessoires, et ne redoute rien des aliénations postérieures à la constitution de son usufruit. Ces avantages font défaut au preneur; si le bailleur aliène la chose après le louage, l'acquéreur est maître d'expulser le locataire, à moins d'avoir promis, par une clause formelle de son acquisition, de respecter le bail; le locataire est alors réduit à une action personnelle contre son bailleur (L. 9, C., *De locato*, 4-65).

2° A l'inverse, le locataire est investi contre le *dominus* d'une créance qui manque à l'usufruitier. Par conséquent, ce dernier ne saurait exiger l'entretien de la chose, ni recourir pour éviction contre le nu-propriétaire à moins que l'usufruit n'ait été établi en exécution d'une obligation à titre onéreux. De plus, l'extinction de l'usufruit par la perte de la chose ne libère pas l'usufruitier des engagements qu'il a pris pour l'acquérir, etc. A tous ces points de vue, le *conductor* est plus favorisé.

3° L'usufruit peut se constituer par testament ou à la suite d'une convention ou d'un contrat; d'ailleurs il peut s'établir à titre gratuit. Le louage exige au contraire l'accord contractuel des volontés et ne peut pas être gratuit.

4° Enfin l'usufruit se termine nécessairement avec la vie de l'usufruitier; le droit du locataire est au contraire transmissible à ses héritiers, sauf convention contraire (*Inst.*, L. III, t. XXIV, *De locatione*, § 6. — Conf., C. C., art. 1742).

§ III.

Louage de services.

Il y a louage de services, *locatio-conductio operarum*, lorsqu'une partie s'engage à fournir à l'autre des services, *operæ*, moyennant un prix en argent qui sera proportionné à l'importance et à la durée des services fournis (*Inst.*, L. III, t. XXIV, *De locatione*, § 4).

La partie qui donne ses services et reçoit l'argent se nomme *locator*; celle qui paie est le *conductor*. Il existe donc une analogie profonde entre ce louage et la *locatio-conductio rerum*, dont les principes généraux lui sont applicables. Indiquons-en seulement les particularités.

Objet de la locatio-conductio operarum. — Tout fait n'est pas susceptible de devenir l'objet d'un louage de services; par exemple, les textes en excluent les services de l'avocat, du professeur, du médecin, des nourrices, et permettent au contraire d'y comprendre les services d'un peintre; la réclamation des honoraires se fera par l'action *præscriptis verbis* ou par une *cognitio extraordinaria* (L. 1, D., *De extra. cogn.*, 50-13).

La doctrine romaine paraît exiger quatre conditions pour que la *locatio operarum* soit possible : 1° le fait doit porter sur une chose corporelle, soit qu'il s'agisse de la toucher directement en vue d'une réparation ou modification, soit qu'il s'agisse de la garder, de la voiturer, etc.; en conséquence, n'est pas un louage la convention de faire un voyage dans l'intérêt d'un tiers, moyennant salaire; 2° le fait doit comporter une estimation précise en argent; ce caractère accompagnera d'habitude le précédent; 3° le fait ne doit pas rentrer dans la sphère des actes juridiques; ainsi, quand je vous charge d'affranchir un esclave, ou de postuler en justice pour moi, il peut y avoir mandat en l'absence de rémunération convenue, contrat innommé dans le cas de salaire; mais il ne saurait y avoir louage; 4° le fait ne doit pas s'appliquer à l'objet principal d'un autre contrat; par exemple, quand un orfèvre s'engage à me fabriquer, pour un prix déterminé, des anneaux d'or ou d'argent dont il fournit lui-même la matière, y a-t-il vente du métal et louage du travail? Des jurisconsultes le pensèrent, mais leur opinion fut repoussée, et l'on ne vit dans l'opération qu'un

contrat unique, la vente (L. 5, § 2, D., *De præscrip. verb.*, 19-5; L. 20, D., *De cont. empt.*, 18-1 ; L. 5, D., *De condict. caus. dat.*, 12-4. — *Gaius*, III, 146, 147. — *Inst.*, L. III, t. XXIV, *De locat.*, § 4).

Effets du louage de services. — Les obligations générales d'exécuter les services, de payer la *merces*, et de répondre de toute espèce de faute restent dans la *locatio-conductio operarum* soumises aux principes du louage de choses.

A titre de règle spéciale, il faut noter que le *locator* a le droit d'exiger la *merces*, alors même qu'un cas fortuit l'a empêché de fournir le travail convenu, et pourvu qu'il n'ait pas eu le moyen de s'indemniser en louant ailleurs ses services. En d'autres termes, les risques ne pèsent pas ici sur le *locator*, mais sur le *conductor*; cette dérogation se fonde sur une évidente raison d'humanité (L. 19, § 9; L. 38, pr., § 1, D., *Locati*, 19-2).

Fin du louage de services. — La *locatio operarum* finit, comme le louage de choses, par le terme, le *mutuus dissensus*, la sentence du juge et par l'achèvement du travail convenu. Cesse-t-elle aussi par la mort du *locator operarum?* Si nulle intention contraire ne ressort du contrat, l'affirmative doit prévaloir; car le louage de services étant intervenu le plus souvent *intuitu personæ*, la chose louée périt en quelque sorte avec la personne qui a loué ses services (Conf., C. C., art. 1780).

§ IV.

Louage d'ouvrage.

Le louage d'ouvrage, *locatio-conductio operis*, n'est qu'une modification intéressante du louage de services. Il se produit dans le cas où l'une des parties s'oblige, moyennant une *merces*, à confectionner un ouvrage donné, *opus*, à réaliser une œuvre déterminée, par exemple, à construire une maison, à conduire un navire à tel endroit, à vendanger telle vigne, etc. Ce louage se rapproche de notre entreprise à la tâche ou à forfait (Conf., C. C., art. 1787-1799).

Terminologie. — Par une interversion bizarre, les Romains appellent ici *locator* celui qui paie la *merces*, et *conductor* celui qui la touche (L. 11, § 3; L. 59, D., *Locati*, 19-2).

Il n'est pas difficile d'assigner des motifs plus ou moins subtils à ce renversement de termes. On peut d'abord considérer ce que l'entrepreneur reçoit du propriétaire comme le prix de fruits civils qu'il a perçus et qu'il lui vend ; telle serait la situation d'un fermier qui devrait dix écus d'or au bailleur, et qui lui vendrait, pour vingt écus d'or, les moissons récoltées ; c'est lui seul évidemment, quoique *conductor*, qui aurait à recevoir des deniers. On doit peut-être préférer une autre conjecture plus simple et toute de fait. Dans la *locatio operarum*, type principal du louage, le *conductor* ou locataire a la détention de la chose louée que lui livre le *locator* ; le même nom de *conductor* s'est étendu par inadvertance dans la *locatio operis*, à celle des parties que son travail met en contact avec la chose, et le nom de *locator* à celle qui s'en est matériellement dessaisie. Mais ni l'une ni l'autre de ces explications ne justifie la terminologie romaine, qui fait tache dans le langage ordinairement si pur et si précis des textes classiques.

Les jurisconsultes en étaient arrivés à s'égarer eux-mêmes dans ces appellations détournées du sens véritable. Ainsi, quand on charge des marchandises sur mon navire qui doit les transporter dans un certain lieu, suis-je *locator navis* ou *conductor mercium vehendarum ?* faudra-t-il me poursuivre par l'action *conducti* ou par l'action *locati ?* Labéon y perdit son latin, et se tira spirituellement d'embarras en conseillant l'emploi de l'action *præscriptis verbis* (L. 1, § 1, D., *De præscriptis verbis*, 19-5).

Conditions, effets et fin du louage d'ouvrage. — Du reste, la confusion des noms ne trouble ni la distinction des rôles ni la netteté des droits et devoirs réciproques. La *locatio-conductio operis* relève des règles déjà tracées pour les conditions, les effets et la fin du louage des services. Toutefois, quand le *conductor operis* est empêché par un cas fortuit de terminer l'ouvrage, il ne semble pas avoir droit à la *merces*, d'où il résulterait que les risques sont en principe pour l'entrepreneur de l'ouvrage (L. 30, § 3, D., *Locati*, 19-2).

Si le travail n'est payable qu'après l'achèvement complet, les risques pèsent jusqu'à la livraison sur le *conductor*. Si le travail est entrepris à tant la mesure, l'entrepreneur peut exiger qu'on prenne livraison, même avant la fin de l'entreprise, et les risques passent au maître pour toutes les portions déjà reçues, ou qu'il était en demeure de recevoir (L. 36 ; L. 37, D., *Locati*, 19-2. — Conf., C. C., art. 1789, 1790, 1791).

§ V.

Superficie et emphytéose.

Le louage de chose offrant plus d'une analogie avec les droits de superficie et d'emphytéose, il convient de dire ici quelques mots de ces deux droits réels prétoriens.

Superficie. — Les Romains entendent par ***superficies*** toute construction élevée sur le sol; dans le droit civil, elle appartient au maître du terrain, ***omne quod inædificatur solo cedit.*** Mais le préteur permet de faire échec à ce principe, au moyen d'un droit réel particulier que le propriétaire consent sur la ***superficies,*** et qui en prend le nom.

Constitution de la superficie. — Ce droit s'établit, soit à titre gratuit, par legs ou donation, soit à titre onéreux, par convention suivie d'une quasi-tradition. Dans ce dernier cas, la rémunération peut consister dans un prix unique, ce qui assimile l'opération à la vente, ou dans une redevance périodique, *solarium, pensio,* ce qui la rapproche du louage. Les termes de l'Édit ne prévoyaient d'ailleurs que ce dernier mode d'établissement (L. 1, pr., §§ 6, 7, D., *De superficiebus,* 43-18).

Effets de la superficie. — Le superficiaire est dans une situation mixte. A l'égard du propriétaire du sol, il est créancier par suite de la convention; il peut donc le poursuivre en garantie dans le cas d'éviction. Mais, à l'égard des tiers, il jouit d'un véritable *jus in re* pourvu que la concession lui ait été faite à long terme, *ad non modicum tempus*, il est alors armé contre tous du droit réel de superficie, productif d'une action *in rem utilis;* il a de plus la quasi-possession, avec l'interdit spécial *de superficiebus* (L. 1, §§ 1, 3, 4, 5, D., *De superficiebus,* 43-18).

Fin de la superficie. — Le droit de superficie s'éteint, comme le louage, par le *mutuus dissensus,* par l'arrivée du terme, par la ruine des édifices, par un défaut prolongé de paiement du *solarium*, etc. Les constructions appartiennent au *dominus soli*, mais il doit probablement en payer la valeur.

Emphytéose. — Une autre convention, dont les caractères ne se distinguaient pas très nettement de ceux de la vente ou du louage, finit par constituer un contrat indépendant et distinct sous le nom de contrat emphytéotique.

Contrat emphytéotique. — Les cités italiennes, Rome, et la plupart des corporations ou *universitates*, eurent de bonne heure l'habitude de donner à bail leurs immeubles; ces concessions étaient faites à perpétuité, ou du moins pour un terme fort long, ordinairement de cent ans. Les fonds ainsi affermés s'appelaient *agri vectigales*, parce que la redevance était nommée *vectigal* (L. 1; L 2; L. 3, D., *Si ager vectigalis*, 6-3) (1).

Vers le règne de Constantin, au quatrième siècle de notre ère, le même mode d'exploitation fut étendu par les empereurs à leurs domaines privés, *fundi patrimoniales, fundi fiscales, fundi rei privatæ*. Les particuliers eux-mêmes finirent par l'adopter. Dans cette même période, se répandit et se généralisa le nom d'emphytéose, dont l'origine grecque (ἐμφυτεύειν) révèle l'objet et la destination de ces concessions appliquées à des terres qui ont besoin, pour être mises en valeur, que le cultivateur s'y attache et les cultive comme son bien propre (L. 3, § 4, D., *De rebus eorum*, 27-9. — L. 1; L. 2, C., *De fundis patrim.*, 11-61).

La convention d'emphytéose fut toujours considérée comme obligatoire; mais ce fut une question longtemps débattue que d'en préciser la nature propre : était-ce une vente? était-ce un louage? Comme la vente, cette convention procurait à l'acquéreur un droit perpétuel et réel après la mise en possession; comme le louage, elle ne rendait pas le concessionaire propriétaire et l'obligeait à payer, non pas un prix unique, mais une série de redevances périodiques L'intérêt de la controverse offrait une grande importance, lorsque la chose venait à périr par cas fortuit; s'il y avait louage, l'emphytéote ne devait plus rien; s'il y avait vente, il devait continuer le paiement de la redevance. Les jurisconsultes classiques, pour écarter cette dernière décision, inclinaient vers l'idée de louage (*Gaius*, III, 145).

A la fin du cinquième siècle, l'empereur Zénon trancha les doutes en faisant de l'emphytéose un cinquième contrat consensuel, bien individualisé. Il n'en traça ni les conditions ni les effets, qui ne soulevaient pas de difficultés dans la pratique. Il se contenta de décider qu'en l'absence de convention entre les parties,

(1) Les concessions vectigaliennes faites par Rome présentaient ce caractère particulier, qu'elles étaient révocables *ad nutum;* les autres duraient au contraire tant que le vectigal était payé (L. 15, § 2, D., *De rei vind.*, 6-1; L. 11, D., *De evict.*, 21-2).

la perte totale serait à la charge du propriétaire ou concédant, comme dans la vente, et la perte partielle à la charge de l'emphytéote ou preneur, comme dans le louage. Le contrat était sanctionné probablement par les actions *locati* et *conducti*. Du reste, l'emphytéote ne pouvait pas exiger l'entretien de la chose, et supportait l'impôt foncier (L. 1; L. 2, C., *De jure emphyteut.*, 4-66. — *Inst.*, L. III, t. XXIV, *De locatione*, § 3).

Droit réel d'emphytéose. — Le contrat emphytéotique ne produit par lui-même que des obligations; mais un droit réel de même nom résulte de la tradition qui le suit ou l'accompagne; le droit réel d'emphytéose peut encore s'établir par testament et même, d'après certains auteurs, par *præscriptio longi temporis* (L. 71, § 6, D., *De legatis* 1°, 30; L. 12, § 2, D., *De Publiciana*, 6-2).

Entre autres avantages, ce droit réel procure à l'emphytéote contre tout le monde une action *in rem* utile et engendre, non plus la simple quasi-possessio, mais une véritable possession protégée par des interdits. Les fruits lui sont acquis dès leur séparation, comme au possesseur de bonne foi (L. 15, § 1, D., *Qui satisdare cog.*, 2-8; L. 1, § 1, D., *Si ager vectigalis*, 6-3; L. 25, § 1, D., *De usuris*, 22-1) (1).

L'emphytéote peut transmettre son droit, soit à titre universel dans sa succession, testamentaire ou *ab intestat*, soit même à titre particulier par vente, donation ou legs. Dans le second cas, le propriétaire a le choix entre deux partis. Ou bien il accepte l'aliénation et n'a plus désormais d'autres débiteurs que le cessionnaire, qui est tenu de lui payer, en retour de son consentement, le cinquantième du prix ou de la valeur du fonds (*laudemium*). Ou bien il exerce un droit de préemption, c'est-à-dire reprend la concession et la pleine propriété en payant à l'emphytéote, soit la somme offerte par le tiers, soit peut-être, en cas de cession gratuite, la valeur estimative du fonds. Deux mois lui sont donnés pour faire son option, à partir de la notification des offres proposées à l'emphytéote. Ces règles de la transmission à titre particulier datent de Justinien (L. 3, C., *De jure emphyteutico*, 4-66).

L'emphytéose s'éteint par le mutuel consentement des parties, par la perte totale de la chose, par l'arrivée du terme et par l'usu-

(1) L'emphytéote avait également la Publicienne pour récupérer la possession de la chose, dans le cas où il l'avait perdue (L. 12, § 2, D., *De Publ. in rem*, 6-2).

capion accomplie au profit du concessionnaire (1). Le concédant peut encore faire tomber l'emphytéose en exerçant le retrait ou droit de *commise*, dans le cas où l'acquéreur à titre particulier ne paie pas le *laudemium*. Enfin, l'emphytéote peut être déchu de son droit, lorsqu'il a cessé de payer la redevance ou l'impôt foncier, pendant trois ans pour les biens ordinaires, pendant deux ans pour les biens ecclésiastiques (L. 2, C., *De jure emphyteutico*, 4-66. — Nov. 120, ch. 8) (2).

CHAPITRE XV.

SOCIÉTÉ.

(*Inst.*, L. III, t. XXV.)

On définit la société : un contrat consensuel, nommé, synallagmatique parfait et de bonne foi, qui produit entre deux ou plusieurs personnes l'obligation de mettre en commun certaines valeurs, pour en retirer un bénéfice. Ce contrat n'atteignit jamais à Rome, les gigantesques développements qu'il a pris de nos jours, car les Romains ne connurent jamais les sociétés de capitaux (L. 63, pr., D., *Pro socio*, 17-2. — Conf., C. C., art. 1832-1873).

§ I.

Éléments constitutifs de la société.

Les éléments constitutifs de la société peuvent se diviser en éléments généraux applicables à tous les contrats, et en éléments spéciaux à la société.

Les éléments généraux exigés dans tous les contrats sont : 1° le consentement des parties; 2° la capacité des contractants; 3° un objet licite et possible. Il est bien clair en effet que la société qui aurait un but illicite, contraire aux lois ou aux bonnes mœurs ne

(1) Les concessions emphytéotiques pouvaient aussi être perpétuelles (Nov. 120, ch. 6).

(2) Le Code civil ne parlant pas de l'emphytéose, c'est une question encore controversée parmi les auteurs que celle de savoir si ce droit réel existe en droit français (Conf., C. C., art. 543).

pourrait pas se former; ***nulla societas ex maleficio*** (L. 57, D., *Pro socio*, 17-2).

La société requiert en outre deux éléments qui lui sont propres; il faut d'abord que tous les associés fassent un apport; il faut ensuite que tous les contractants aient l'intention de faire un bénéfice, qu'ils aient l'***animus lucri***. Dès que ces divers éléments se trouvent réunis, la société se constitue par cela seul que les parties sont tombées d'accord sur les apports respectifs, et sur la répartition des gains et des pertes; car la société étant un contrat consensuel, n'exige ni tradition, ni écrit, ni paroles solennelles (L. 4, D., *Pro socio*, 17-2).

Apport. — La société ne saurait exister sans une mise à fournir par chacune des parties, et qu'on nomme l'apport. A défaut de cette base indispensable, l'acte constituerait une donation (L. 5, § 2, D., *Pro socio*, 17-2).

Du reste, aucune égalité de valeur, aucune identité de nature n'est requise entre les apports. Ils se composent le plus souvent de choses corporelles, de droits réels ou de créances; mais il est assez fréquent qu'un associé n'apporte que son industrie, ***industria***, son travail, *opera*, ou même son crédit et son nom, ***gratia*** (*Gaius*, III, 149. — *Inst.*, L. III, t. XXV, *De societate*, § 2. — L. 80, D., *Pro socio*, 17-2).

Animus lucri. — La société suppose aussi de toute nécessité une idée de bénéfice, une communauté d'intérêts et d'efforts, dont le but ultérieur et définitif est un gain à répartir. Il n'importe aucunement que le fait trompe l'espérance des associés et leur inflige une perte; elle sera commune également. D'ailleurs, le bénéfice poursuivi ne résulte pas toujours d'une spéculation commerciale, il peut tout aussi bien consister dans une simple diminution de frais procurée aux contractants par l'association; c'est ainsi que deux voisins font valablement une ***societas alicujus rei*** pour la réparation d'un ruisseau commun qui les borne (L. 52, § 12; L. 67, D., *Pro socio*, 17-2).

C'est par cet ***animus lucri*** que le contrat de société se distingue clairement du simple état d'indivision, qui n'est qu'un résultat au lieu d'être un moyen, et qui a pour but immédiat le partage; il en sera traité plus loin.

Personnalité civile de la société. — On n'a donc nul besoin pour séparer le contrat de société du quasi-contrat d'indivision, de

recourir à l'idée que la société forme une personne morale à Rome. La règle, c'est qu'une personne morale ne peut pas se constituer sans une autorisation législative; *neque societas, neque collegium, neque hujusmodi corpus passim omnibus habere conceditur* (L. 1, pr., D., *Quod cujuscumque*, 3-4).

Or cette autorisation n'était accordée qu'à certaines sociétés qui touchaient à de grands intérêts publics, telles que les associations pour la perception des impôts, *societas vectigalis*, ou pour l'exploitation des mines ou salines, *argentifodinarum, aurifodinarum, salinarum*. Par conséquent, la personnalité manque en thèse générale aux sociétés romaines, et les textes où l'on a voulu puiser la doctrine contraire reçoivent une fausse interprétation ou se réfèrent aux cas exceptionnels, où la société revêt la personnalité juridique (L. 65, § 14; L. 68, pr.; L. 74, D., *Pro socio*, 17-2; L. 3, § 4, D., *De bon. poss.*, 37-1; L. 22, D., *De fidejuss.*, 46-1. — Conf., C. C., art. 529) (1).

§ II.

Diverses espèces de société.

En se plaçant au point de vue de l'étendue du fonds social, on divise les sociétés en deux groupes : sociétés à titre particulier, sociétés à titre universel (Conf., C. C., art. 1835).

Sociétés à titre particulier. — Le droit romain connaît trois sociétés à titre particulier, la société *alicujus negotiationis*, la société *alicujus rei* et la société *vectigalis* (L. 5, pr.; L. 7, D., *Pro socio*, 17-2).

I. — *Société* ALICUJUS NEGOTIATIONIS. — Elle a pour objet une série d'opérations du même genre rentrant toutes dans une branche déterminée d'affaires; telles sont les sociétés qui se forment entre banquiers, entre marchands d'esclaves, entre marchands de vins, d'huile ou de blé (*Inst.*, L. III, t. XXV, *De societate*, pr.).

(1) La question de savoir si une société forme ou ne forme pas une personne morale présente notamment trois intérêts pratiques. Si la société forme un *corpus*, le fonds social lui appartient en propre, les créanciers sociaux peuvent se payer sur l'actif commun par préférence aux créanciers personnels des associés et l'usufruit compris dans le fonds social repose sur la tête de l'être fictif qui s'appelle la société. Les conséquences inverses se produisent si la société ne constitue pas une personne juridique.

II. — *Société* UNIUS REI. — C'est la société restreinte à une seule opération, à l'exploitation d'un seul objet ou de quelques objets déterminés, par exemple, d'un esclave comédien, de la cargaison d'un vaisseau, d'une hérédité, etc. (*Inst.*, L. III, t. XXV, *De societate*, § 6. — L. 52, § 6, D., *Pro socio*, 17-2. — L. 2, C., *Pro socio*, 4-37).

III. — *Société* VECTIGALIS. — C'est la société formée entre les publicains ou fermiers d'impôts. Bien qu'elle ne constitue au fond qu'une sorte de *societas alicujus negotiationis*, les textes la classent à part, d'abord, parce qu'elle forme une personne morale, ensuite parce qu'elle présente certaines particularités qu'on relèvera bientôt (L. 3, D., *Pro socio*, 17-2; L. 1, § 1, D., *De publicanis*, 39-4).

Dans ces sociétés à titre particulier, le passif ou l'actif social ne comprend ni les pertes ni les bénéfices étrangers à ce qui est exploité.

Sociétés à titre universel. — Les sociétés à titre universel sont au nombre de deux : la société de tous biens et la société d'acquêts (Conf., C. C., art. 1836).

I. — *Société* TOTORUM BONORUM. — Elle a pour objet la mise en commun de tous les biens présents et futurs des contractants, même de leurs acquisitions gratuites par legs ou donations, et du profit qu'ils peuvent retirer d'une action pénale. A l'inverse, si tel est son actif, elle a pour passif toutes les dettes présentes et futures des associés. On n'exclut de l'actif et du passif que les gains provenus ou les obligations résultées de faits illicites, par exemple, le profit ou la peine du vol, *quia delictorum turpis atque fœda communio est* (L. 52, §§ 16, 17, 18; L. 54-57, D., *Pro socio*, 17-2. — Conf., C. C., art. 1837, 1840).

Trois remarques importantes doivent être faites sur cette société.

1° La société *totorum bonorum* offre un moyen facile d'éluder la prohibition des pactes sur succession future, puisque l'associé en contractant une pareille société y fait tomber même les hérédités qui ne sont pas encore ouvertes à son profit (L. 3, § 1, D., *Pro socio*, 17-1. — *Contra*, C. C., art. 1837).

2° Cette société, possible entre époux, leur permet d'établir une sorte de communauté et par conséquent de constituer un régime intermédiaire entre la constitution de dot, qui est dangereuse pour la femme, et l'absence de dot, qui est onéreuse pour le mari (L. 16. § 3, D., *De alimentis legatis*, 34-1. — *Voir* t. I, p. 50).

3° Enfin, la société *totorum bonorum* rend indivis entre les associés, sans l'emploi d'aucune tradition, la propriété et les droits réels qui appartiennent à chacun d'eux lors du contrat. *In societate omnium bonorum, omnes res quæ coeuntium sunt, continuo communicantur.* C'est là une exception remarquable au grand principe romain, que les conventions ne transfèrent ni la propriété ni les autres droits réels. Elle est sans doute fondée sur la crainte que, par dol ou par oubli, quelqu'un des contractants ne comprenne pas tous ses biens dans la tradition; mais elle ne s'applique, ni aux créances, ni aux droits réels survenus dans la suite (L. 1, § 1; L. 2; L. 3, pr., D., *Pro socio*, 17-2. — L. 20, C., *De pactis*, 2-3) (1).

II. — *Société* OMNIUM QUÆSTUUM. — Cette société comprend tous les gains réalisés par les associés, c'est une société universelle d'acquêts. Elle exclut tous les biens qui sont la propriété des associés au moment du contrat, ou qui leur adviennent par la suite à titre gratuit; son actif ne comprend donc que le produit de leur travail, leurs acquisitions à titre onéreux dans le cours de la société et les revenus des biens propres des associés. Le passif est correspondant, et n'embrasse que les dettes relatives aux acquisitions dont la société a le profit (L. 8-12, D., *Pro socio*, 17-2. — Conf., C. C., art. 1838).

Présomption légale. — Lorsque les parties n'ont pas indiqué l'espèce de société qu'elles forment, on présume la *societas omnium quæstuum*. D'une part, en effet, la société *totorum bonorum* aurait des conséquences trop graves pour qu'on pût la présumer; d'autre part, il est impossible de présumer une société à titre particulier puisque les parties n'ont pas déterminé quel serait le but de l'entreprise sociale (L. 7, D., *Pro socio*, 17-2. — *Sic*, C. C., art. 1839).

§ III.

Effets de la société.

Les effets de la société prennent date au jour de l'accord des volontés, si les parties n'en ont reculé le point de départ. Ce contrat se prête en effet à toutes les modalités, y compris la condition; Justinien nous apprend qu'il y avait eu doute sur ce dernier point, et

(1) Il est incontestable, malgré l'avis contraire de certains commentateurs, que cette règle spéciale doit se restreindre aux sociétés universelles de tous biens.

qu'il juge bon de le trancher. Il est assez difficile d'expliquer la raison de ce doute; d'ailleurs on peut induire d'un texte de Gaius que la même hésitation s'était produite pour l'admissibilité de la condition dans tous les contrats consensuels (*Gaius*, III, 146. — L. 1, pr., D., *Pro socio*, 17-2. — L. 6, C., *Pro socio*, 4-37. — Conf., C. C., art. 1843).

La société présente trois particularités : 1° Elle se forme *intuitu personæ*, ce qui veut dire que chaque associé en contractant prend en considération les qualités personnelles et les aptitudes de ses coassociés; on verra que ce point de vue n'est pas sans influence sur la dissolution de la société. 2° Elle établit entre les associés un lien si intime, qu'ils sont en quelque sorte considérés comme des frères; la bonne foi règne donc plus souverainement dans ce contrat qu'en tout autre, et nous aurons à tirer plusieurs déductions pratiques du beau principe d'Ulpien, *societas jus quodammodo fraternitatis in se habet.* 3° Enfin, la société n'est pas un contrat simple et qui se suffit à lui-même; c'est pour ainsi dire un contrat complexe et multiple, qui en prévoit et qui en prépare d'autres à passer avec des tiers en vue du bénéfice poursuivi (L. 63, D., *Pro socio*, 17-2).

Les effets de la société doivent s'envisager successivement dans les rapports respectifs des associés et dans les rapports des associés avec les tiers.

Rapports respectifs des associés. — Les associés ont tous le même nom et le même rôle; on ne distingue pas ici des situations diverses, comme dans la vente et le louage; aussi, la société n'engendre-t-elle qu'une seule action, l'action *pro socio.*

Deux obligations principales pèsent sur les associés; ils doivent réaliser l'apport promis et veiller aux intérêts sociaux.

1° *Réaliser l'apport.* — La première obligation de chaque associé c'est de réaliser l'apport. En laissant de côté la règle spéciale à la société *totorum bonorum,* on constate que cette obligation s'exécute par les procédés ordinaires, c'est-à-dire au moyen des modes d'acquérir pour les droits réels, de *procurationes in rem suam* ou de délégations pour les créances.

Il résulte de cette première obligation, que chaque associé doit garantie, soit de l'éviction totale ou partielle de ses apports, soit des vices qui en diminuent notablement l'utilité. Mais cette garantie ne saurait exister dans les sociétés à titre universel, qui portent sur le patrimoine tel quel. De plus, elle n'a rien des effets de la

cautio duplæ dans la vente; l'associé est simplement tenu de réparer le préjudice que l'éviction inflige à la société (Conf., C. C., art. 1845, 1846).

Risques. — Pour trancher la question des risques, il faut distinguer suivant que l'apport porte sur un corps certain, sur la jouissance d'une chose, ou sur un genre. L'associé a-t-il promis un corps certain, il sera libéré par la perte fortuite de la chose promise, qu'elle ait péri avant ou après la réalisation de l'apport; les risques seront toujours pour la société, telle est du moins l'opinion généralement acceptée aujourd'hui, elle se base sur les textes et sur la situation juridique de l'associé qui est *loco venditoris*. L'associé a-t-il promis d'apporter la jouissance d'une chose, les risques seront pour lui; car son obligation analogue à celle du bailleur consiste en prestations *successives*, aussi la perte de l'objet en rendant cette obligation inexécutable, entraîne-t-elle la dissolution de la société. Enfin l'apport porte-t-il sur un genre ou sur une quantité, la perte survenue *ante collationem*, avant la réalisation de la mise, sera pour l'associé; survenue *post collationem*, elle rejaillira sur la société (L. 58, pr., § 1, D., *Pro socio*, 17-2. — Conf., C. C., art. 1851, 1867).

2° *Veiller aux intérêts de la société.* — A défaut de toute clause contraire, chacun des associés peut et doit veiller aux intérêts communs et gérer les affaires sociales. Cette gestion procure-t-elle des bénéfices, ils se répartissent entre tous. Entraîne-t-elle des pertes ou des dépenses, tous les associés solvables les supporteront. En conséquence, chaque *socius* doit communiquer à ses coassociés tous les bénéfices qu'il a réalisés à l'occasion de l'entreprise sociale, de même qu'il doit se faire indemniser proportionnellement à raison des obligations qu'il a contractées *societatis causa* (L. 60, § 4; L. 61; L. 67, D., *Pro socio*, 17-2).

Il résulte de là que les associés sont mutuellement responsables de leur dol et de leur faute. Bien qu'intéressés au contrat, ils ne répondent pas de la *culpa levis in abstracto*, mais seulement de la *culpa levis in concreto*, c'est-à-dire de la faute qu'ils n'auraient pas commise dans l'administration de leurs propres affaires. Les principes généraux fléchissent ici devant le *jus fraternitatis*, et surtout devant l'idée que la chose sociale est aussi la chose de chacun. Il va sans dire d'ailleurs que l'associé coupable de dol ou de négligence ne pourrait pas compenser les dommages-intérêts qu'il doit de ce chef à la société avec les bénéfices qu'il aurait pu procurer dans

d'autres affaires (L. 23, § 1, D., *Pro socio,* 17-2. — *Inst.*, L. III, t. XXV, *De societate,* § 9. — Conf., C. C., art. 1137, 1850).

Rapports des associés avec les tiers. — Le principe de la non-représentation par autrui ne permet pas de dire que les associés se représentent les uns les autres, dans leurs rapports avec les tiers. Dès lors, l'acte réalisé par un des associés ne rejaillit pas sur ses collègues; lui seul devient propriétaire ou possesseur, créancier ou débiteur, lui seul exerce ou subit l'action, sous la réserve de communiquer ensuite le résultat actif ou passif de l'acte à ses coassociés, en vertu des obligations précédemment étudiées (L. 74; L. 82, D., *Pro socio,* 17-2. — Conf., C. C., art. 1859).

Lorsque les associés ont agi tous ensemble, la créance ou la dette se partage entre eux dès l'origine proportionnellement à l'intérêt de chacun dans la société, à moins que la corréalité ou solidarité n'ait été convenue. On a prétendu que dans ce cas, le partage devait se faire par tête, *pro parte virili;* mais, cette proposition est contredite par un texte précis de Paul (L. 44, § 1, D., *De ædilitio edicto,* 21-1. — Conf., C. C., art. 1862, 1863) (1).

La théorie du mandat éclaircira cette situation, et donnera la clef de certaines exceptions qui furent apportées à ces règles générales par la jurisprudence civile ou prétorienne (*infra,* p. 204).

§ IV.

Détermination des parts dans les gains ou les pertes.

La question du règlement des parts offre une importance spéciale. On distingue trois cas : suivant que la détermination a été faite par les associés, suivant qu'elle a été laissée à l'arbitrage d'un tiers ou suivant que le contrat de société garde le silence.

I. — *Règlement conventionnel.* — Si les associés ont fait des conventions sur ce point, il faudra les observer en principe (*Inst.*, L. III, t. XXV, *De societate*, pr.).

Or les associés sont censés fixer les parts à supporter dans la perte, lorsqu'ils fixent les parts à prendre dans le gain, et réciproquement (*Gaius*, III, 150. — *Inst.*, L. III, t. XXV, *De societate*, § 3).

(1) Les principes seraient les mêmes si la société était représentée par un gérant *socius* ou non; c'est sur la tête seule du gérant que se produisaient les résultats pratiques de tous les actes passés avec les tiers.

Cependant les conventions des parties ne sont pas absolument libres et doivent respecter le *jus fraternitatis*. De là trois règles : 1° Il fut toujours permis sans conteste aux associés de répartir inégalement les gains, pourvu que la même inégalité présidât à la répartition des pertes; c'est ainsi qu'un associé peut avoir deux tiers dans le gain et la perte, l'autre un tiers seulement. 2° Après controverse, il fut aussi permis aux associés d'établir une inégalité relative entre les parts dans les gains et les parts dans les pertes; par exemple, Titius et Seius peuvent, en s'associant, convenir que Titius aura deux tiers du gain, un tiers de la perte, et Seius un tiers du gain, deux tiers de la perte. On alla même dans cette voie jusqu'à valider la clause qui attribue à l'un des associés une part dans le gain et l'affranchit de toute part dans la perte, à la condition qu'il ait apporté plus que les autres contractants en industrie, travail ou crédit. 3° Mais, il ne fut jamais permis aux associés de convenir que l'un d'entre eux ne participerait aucunement aux gains, *alter lucrum, alter damnum sentiret;* cette association prohibée reçut du jurisconsulte Cassius le nom qui lui est resté de société léonine (*Gaius*, III, 149. — L. 5, § 2; L. 29 pr., §§ 1, 2, D., *Pro socio*, 17-2. — *Inst.*, L. III, t. XXV, *De societate*, §§ 1, 2. — Conf., C. C., art. 1855).

Une remarque essentielle, c'est que le gain ou la perte s'apprécie, non sur chaque opération bonne ou mauvaise, mais d'après le résultat définitif de l'ensemble des opérations sociales. On fait le compte général, la balance des affaires profitables ou désavantageuses; la différence donne, soit un bénéfice net, soit une perte, et c'est à cette différence qu'on applique les calculs précédents (L. 30, D., *Pro socio*, 17-2. — *Inst.*, L. III, t. XXV, *De societate*, § 2).

En définitive, il est de l'essence du contrat que chaque associé ait une participation quelconque, sinon aux pertes, du moins aux bénéfices.

II. — *Règlement fait par un tiers.* — Les associés au lieu de faire eux-mêmes et dans le contrat la détermination des parts dans les bénéfices et dans les pertes, ont pu convenir que ce règlement serait fait par l'un d'entre eux ou par un tiers.

Notons d'abord cette première différence qui sépare la société de la vente ou du louage, c'est que les parties ne pourraient pas abandonner à l'une d'entre elles la fixation du *pretium* ou de la

merces, tandis que rien ne s'oppose à ce que le règlement des parts sociales soit effectué par l'un des associés (L. 6, D., *Pro socio*, 17-2). Notons encore cette autre différence qui découle de la première, c'est que, tandis que la décision du tiers chargé de fixer le prix dans la vente ou dans le louage est absolument inattaquable, celle de la personne qui procède à la détermination des parts sociales peut au contraire être réformée par le juge saisi de l'action *pro socio*, toutes les fois qu'elle sera évidemment contraire à l'équité (L. 76-80, D., *Pro socio*, 17-2. — L. 15, C., *De cont. empt.*, 4-35. — Conf., C. C., art. 1854) (1).

II. — *Règlement légal.* — Si les contractants ne se sont pas expliqués, ils prendront tous des parts égales dans le gain et la perte. *Si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, æquales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur* (*Inst.*, L. III, t. XXV, *De societate*, § 1).

Il ne s'agit pas ici d'une égalité proportionnelle aux mises, comme on l'a prétendu à tort, mais d'une égalité arithmétique et absolue. Les textes sainement interprétés ne peuvent laisser aucun doute à cet égard; d'ailleurs, cette règle n'a rien d'injuste ni d'illogique; en gardant le silence sur le règlement des parts, les associés reconnaissent eux-mêmes l'équivalence de leurs apports. Il serait de plus très difficile, lors de la répartition, d'apprécier exactement la différence entre les mises effectuées depuis longtemps peut-être. Enfin, la loi romaine n'ayant pas évalué l'apport en industrie, ce que le Code civil a pris soin de faire, il serait complètement impossible de faire dans ce cas une répartition proportionnelle (*Gaius*, III, 150. — L. 5, § 1; L. 29; L. 80, D., *Pro socio*, 17-2. — *Contra*, C. C., art. 1853).

§ V.

Dissolution de la société.

La société dissoute ne produira plus d'effets à l'avenir; mais les effets produits dans le passé restent irrévocables.

Cette matière est dominée par une règle capitale. Bien que la so-

(1) La société ne se formerait pas si la personne chargée de procéder au règlement des parts mourait avant d'avoir rempli sa mission (L. 75, D., *Pro socio*, 17-2).

ciété soit un contrat à titre onéreux, elle se forme *intuitu personæ;* la loi s'inspire ici du fait, et reconnaît que les contractants ont mutuellement pris en considération leurs qualités et leurs aptitudes. Cette observation, on le verra, est fertile en conséquences.

Causes de dissolution. — On peut ramener à quatre principales les causes de dissolution : la société se termine *ex tempore, ex re, ex personis, ex voluntate* (L. 63, § 10, D., *Pro socio,* 17-2).

I. — *Ex tempore.* — La société finit ainsi par l'arrivée du terme qu'ont fixé les contractants; du reste, l'expiration du terme ne dissout pas *ipso jure* la société, elle permet seulement à chaque associé de se retirer impunément de l'association (L. 1, pr.; L. 65, § 6, D., *Pro socio,* 17-2. — Conf., C. C., art. 1865).

II. — *Ex re.* — La société se termine ainsi : 1° par tout événement qui rend impossible la continuation des opérations de la société, notamment par la perte fortuite du fonds social; 2° par l'achèvement de l'entreprise ou de l'affaire qui avait déterminé la formation du contrat; ce dernier mode est spécial à la *societas unius rei* (L. 63, § 10, D., *Pro socio,* 17-2. — *Inst.,* L. III, t. XXV, *De societate,* § 6. — Conf., C. C., art. 1845).

III. — *Ex personis.* — Toute circonstance qui supprime ou diminue la personnalité d'un associé fait disparaître la société, même entre les autres ; car la société qu'on forme avec tous, on ne la formerait peut-être pas avec chacun, ni même avec plusieurs séparément. En conséquence, la société prend fin : 1° par la mort; 2° par toute *capitis deminutio* au temps classique; mais la *maxima* et la *media* produisent seules ce résultat sous Justinien alors même qu'elles ne sont pas accompagnées de confiscation; 3° par toute confiscation générale (*publicatio*), même non accompagnée de *capitis deminutio;* 4° par la déconfiture d'un associé manifestée à l'époque classique par la *bonorum venditio* et sous Justinien, par la *bonorum cessio* (*Gaius,* III, 153. — L. 63, § 10; L. 65, §§ 9, 12, D., *Pro socio,* 17-2. — *Inst.,* L. III, t. XXV, *De societate,* §§ 5, 7, 8).

De ces divers cas de dissolution, les trois derniers, à raison même de la déchéance d'état ou de la déconfiture qu'ils impliquent, n'ont pu faire dans le contrat l'objet d'une clause qui les prévît. Seulement, après la dissolution, un nouvel accord de volontés aura la force de ressusciter la société entre les mêmes personnes, si l'associé atteint est resté libre et capable de contracter (*Gaius,* III, 153,

154. — L. 52; 59, pr., D., *Pro socio*, 17-2. — *Inst.*, L. III, t. XXV, *De societate*, § 8).

Quant à la dissolution par la mort naturelle de l'un des contractants, rien n'empêche de la prévoir dans le contrat, et de convenir que la société persistera quand même entre les survivants. Mais on ne saurait décider à l'avance que les héritiers du prédécédé prendront sa place dans la société; il répugne en effet à la nature de ce contrat d'admettre des inconnus. Du reste, il va de soi que les héritiers de chaque associé succèdent toujours aux conséquences actives et passives de toute opération antérieure à la mort de leur auteur, ne se fussent-elles définitivement réalisées qu'après son décès (L. 35; L. 37, D., *Pro socio*, 17-2. — *Inst.*, L. III, t. XXV, *De societate*, § 5. — Conf., C. C., art. 1868) (1).

IV. — *Ex voluntate.* — La société se dissout soit par le *mutuus dissensus* de tous les associés, conformément au principe général des contrats consensuels, soit par la volonté d'un seul. Il faut alors que ce dernier fasse connaître son intention à ses coassociés, au moyen d'une signification que les textes appellent *renuntiatio*. Aucune clause contraire inscrite au contrat (*pactum ne abeatur*) ne peut supprimer ni suspendre l'exercice de cette faculté. La rupture du contrat en est toujours la conséquence (L. 14; L. 65, § 6, D., *Pro socio*, 17-2).

Mais la *renuntiatio* est parfois intempestive ou frauduleuse : 1° intempestive, *intempestive*, c'est lorsque je renonce, soit avant le terme fixé pour la dissolution de la société, et dont l'échéance m'aurait rendu la liberté sans risques, soit à contre-temps, c'est-à-dire dans un moment où la suppression de la société porte préjudice aux associés; 2° frauduleuse, *callide*, c'est lorsque je renonce pour profiter seul d'une acquisition que je suis d'ores et déjà maître de réaliser. Dans ces divers cas, la *renuntiatio* dégage les associés envers le renonçant et ne dégage pas le renonçant envers eux; il devra donc, jusqu'au terme, participer à leurs pertes sans partager leurs gains, ou leur communiquer les avantages de l'opération qu'il voulait se réserver, et dont les conséquences mauvaises lui restent

(1) La société *vectigalis* offre en ce point deux règles spéciales : 1° on y peut valablement convenir que la société continuera avec les héritiers d'un membre prédécédé; 2° même en l'absence de cette clause, l'héritier du défunt devient *socius* dans un sens plus restreint; il participe aux profits et pertes, mais est exclu de l'administration (L. 59, pr.; L. 63, § 8, D., *Pro socio*, 17-2).

exclusivement propres. On dit alors que le renonçant *socios liberat a se, non se a sociis* (L. 65, § 2, D., *Pro socio,* 17-2. — *Inst.*, L. III, t. XXV, *De societate,* § 4. — Conf., C. C., art. 1869, 1870) (1).

Conséquences de la dissolution. — A compter de la dissolution, les anciens associés n'ont plus rien de commun. C'est le moment de liquider leurs droits et dettes réciproques, et de procéder au partage, s'il y a des biens indivis. Deux actions principales sont dans ce but ouvertes aux associés : l'action *pro socio* et l'action *communi dividundo.*

Pro socio. — L'action *pro socio* est l'action personnelle et de bonne foi née du contrat de société; elle ne tend qu'à la poursuite des obligations qu'il a produites. Elle offre le double caractère spécial d'imprimer la note d'infamie au défendeur condamné, et de n'entraîner envers chacun des associés qu'une condamnation *in quantum facere potest;* c'est le bénéfice de compétence fondé sur le *jus fraternitatis,* et dont il sera traité plus tard (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 38; t. XVI, *De pœna temere litig.*, § 2).

Communi dividundo. — Quant à l'action *communi dividundo*, habituellement exercée après la dissolution, elle tend au partage des objets corporels qui sont en indivision, et subsidiairement au règlement des comptes qui peuvent s'y rattacher entre les parties (L. 30; L. 38, § 1; L. 63, § 15, D., *Pro socio,* 17-2).

C'est une question irrésolue que de savoir si le partage embrasse les apports en propriété dans la même proportion que le gain, où si les associés qui les ont faits peuvent en prélever la valeur sur la masse indivise du capital social et des bénéfices réalisés (L. 58, pr.; D., *Pro socio,* 17-2) (2).

Il est donc évident que les deux actions *pro socio* et *communi dividundo* dérivent de causes différentes et ne tendent pas aux mêmes fins. Aussi le choix n'en est-il pas facultatif, et l'une peut-elle survivre à l'autre (L. 1, D., *Communi dividundo,* 10-3; L. 43, D., *Pro socio,* 17-2).

(1) D'après Ulpien (L. 63, § 10, D., *Pro socio,* 17-2), la société se dissout encore *ex actione*. On doit conjecturer que cette expression trop obscure vise le cas où l'un des associés agit pour demander son compte, ce qui n'est au fond qu'une *renuntiatio* (Conf., L. 65, pr., D., *Pro socio,* 17-2).

(2) On conjecture que le prélèvement des apports devrait être autorisé sinon en nature du moins en valeur par ce motif que les textes qui visent la réglementation des parts ne parlent jamais que des parts dans le gain et dans la perte, *in lucro et in damno;* c'est donc que le fonds social doit toujours se diviser proportionnellement aux apports.

pro socio

CHAPITRE XVI.

MANDAT.

(*Inst.*, L. III, t. XXVI.)

On doit distinguer, dans le droit romain, la représentation par l'entremise de personnes *in potestate*, et la représentation par l'entremise d'étrangers, *per extraneam personam*. La première pourrait s'appeler naturelle et la seconde artificielle. En laissant de côté la matière spéciale de la possession, où l'une et l'autre produisent des résultats identiques (*Voir* t. I, p. 160), on relève entre elles une différence capitale.

Le *paterfamilias* est juridiquement représenté par les personnes soumises à sa puissance. Comme on le sait déjà, cette règle signifie que toutes les acquisitions des individus *alieni juris* sont réputées émaner du maître ou du père, et qu'elles augmentent son patrimoine, même à son insu. Mais on ne va pas au delà, et les aliénations ou les obligations de ces mêmes individus ne l'engagent en principe que de son assentissement.

Au contraire, on n'est pas représenté juridiquement par un étranger. Tous les actes qu'il fait, soit pour acquérir, soit pour aliéner ou pour obliger, lui restent personnels dans leurs conséquences immédiates et directes. Au regard des tiers, c'est absolument comme s'il eût agi pour son propre compte, et lui seul existe à leurs yeux. Tel est le sens technique et la véritable portée du célèbre principe, déjà plusieurs fois signalé, de la non-représentation par autrui dans les actes juridiques.

Cette importante règle reçut des tempéraments progressifs; mais comment s'expliquer l'existence d'une prohibition que ne connaît pas notre droit moderne et qui devait paraître bien gênante dans la pratique? On en peut donner un motif satisfaisant. Les Romains des premiers temps n'avaient guère d'autres occupations que les armes et l'agriculture; les transactions compliquées étaient rares et pour les petites opérations ou les faciles négociations de la vie courante, ils avaient sous leurs mains un groupe de mandataires naturels, leurs enfants ou leurs esclaves. Dès lors ils sentaient peu

le besoin de recourir à des représentants étrangers, et la vraie notion de la représentation ne devait pas venir au jour. Quant au tuteur, on a vu qu'à l'origine il exerçait la tutelle dans son propre intérêt plutôt qu'au profit du pupille; il n'est donc pas étonnant qu'on ait arrêté sur sa tête les conséquences positives ou négatives des actes qu'il accomplissait lui-même par la *tutelæ gestio*, lorsqu'il ne lui convenait pas d'en attribuer la réalisation et les effets au pupille en personne, à l'aide de l'*auctoritas*.

La représentation *per extraneam personam* est *légale* ou *conventionnelle*. Légale, elle constitue la tutelle ou la curatelle, dont il n'est plus question ici. Conventionnelle, elle constitue le mandat.

Le mandat, *mandatum*, est un contrat consensuel, nommé, synallagmatique imparfait et de bonne foi, par lequel une personne se charge envers une autre personne qui lui donne pouvoir à cet effet d'accomplir gratuitement une ou plusieurs affaires licites pouvant l'intéresser.

Celui qui se charge d'agir pour le compte d'autrui se nomme mandataire, *procurator* ou *mandatarius*. Celui qui charge le mandataire d'agir pour lui s'appelle mandant, *dominus*, *mandans* ou *mandator* (Conf., C. C., art. 1984-2010).

A l'exemple de la société, le mandat se forme *intuitu personæ;* il n'y a même pas de contrat où ce caractère soit empreint plus nettement et l'on verra qu'il produit de remarquables conséquences (L. 1, § 4, D., *Mandati*, 17-1).

§ I.

Éléments constitutifs du mandat.

Le mandat n'exige aucune condition spéciale de capacité ni de consentement (1). L'accord des volontés doit porter sur les éléments spéciaux qui vont retenir notre attention, il peut n'être que tacite. Aussi, intervient-il efficacement *ex post facto*, en ce sens que la ratification d'un acte accompli équivaut au mandat qui l'aurait précédé, *ratihabitio mandato æquiparatur* (L. 60, D., *De regulis juris*, 50-17).

(1) Le droit romain avait cependant établi plusieurs incapacités spéciales relatives à la *procuratio ad litem*, ainsi que nous le verrons sur la représentation judiciaire.

Les deux autres éléments essentiels du mandat sont : 1° la gratuité; 2° un objet possible et licite.

Gratuité. — Le mandat est essentiellement gratuit, comme le commodat et le dépôt. L'attribution d'un salaire attache à l'opération le caractère d'un louage ou d'un contrat innommé, selon qu'il s'agit d'un prix en argent ou d'un autre équivalent quelconque (*Inst.*, L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 13).

Cependant, à l'époque classique, rien n'empêche le mandant de fournir au mandataire un don rémunératoire, qui se nomme *honor* et non *merces;* lorsqu'il est convenu d'avance, la voie généralement ouverte pour l'exiger est une *persecutio extra ordinem*. Il sera souvent très difficile de marquer, en fait la limite entre le salaire, qui est proscrit, et le don rémunératoire, qui est permis (L. 7; L. 10, § 9, D., *Mandati*, 17-1. — L. 1, C., *Mandati*, 4-35. — Conf., C. C., art. 1986).

D'ailleurs, la gratuité ne signifie pas que le mandat doive préjudicier au mandataire. Par conséquent s'il a fait des avances pour l'exécution du contrat, il a droit au remboursement; l'absence de cette faculté transformerait l'acte en une donation (L. 20, pr.; L. 36, § 1, D., *Mandati*, 17-1).

Objet du mandat. — Il est bien entendu que l'objet du mandat c'est-à-dire, le service rendu par le mandataire doit consister dans un fait naturellement et légalement possible, sinon, le mandant n'aurait aucune action pour en exiger l'accomplissement et ne serait passible d'aucune poursuite en indemnité (L. 6, § 3, D., *Mandati*, 17-1. — *Inst.*, L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 7).

Mais tous les faits naturellement et légalement possibles ne sont pas susceptibles de devenir l'objet d'un mandat; ce contrat a sa sphère propre, assez voisine de celle du louage. En effet, il y a des services que la convention d'un salaire ne fait pas rentrer dans le louage, et dont la rémunération se réclame par une *persecutio extra ordinem*. Ces mêmes services, rendus gratuitement, restent en dehors du mandat. Ce sont les services professionnels que les Romains considèrent comme inappréciables en argent, tels que ceux de l'avocat, du médecin, du professeur, de la nourrice, etc.; tout au plus appartiennent-ils au domaine des contrats innommés (L. 5, § 2, D., *De præscript. verbis*, 19-5).

D'un autre côté, le mandat comprend des faits étrangers au louage; tels sont tous les actes juridiques qui ne s'exécutent pas

sur une chose corporelle. En définitive, le mandat peut avoir pour objet tout fait quelconque relatif à la gestion d'un patrimoine (*Inst.*, L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 13).

Il faut d'ailleurs et dans tous les cas que le mandant ait au moins un intérêt indirect à l'exécution du mandat.

§ II.

Différentes espèces de mandat.

Le mandat comporte trois classifications fondées : l'une, sur la diversité des personnes que ce contrat peut intéresser; la seconde, sur l'étendue des pouvoirs conférés au mandataire; la troisième, sur les modalités diverses qui peuvent affecter le mandat.

I. — Justinien tire une première classification du mandat de la diversité des personnes qui peuvent s'y trouver intéressées. Le mandat est nul, nous l'avons dit, lorsqu'il n'offre pas un intérêt au moins indirect pour le mandant.

Les Institutes distinguent, à ce point de vue, cinq espèces de mandat; car il peut se former dans l'intérêt : 1° du mandant; 2° du mandant et du mandataire; 3° du mandant et d'un tiers; 4° d'un tiers; 5° du mandataire et d'un tiers (L. 2, D., *Mandati*, 17-1. — *Inst.*, L. III, t. XXVI, *De mandato*, pr., § 6).

Quatrième et cinquième hypothèses. — Éliminons d'abord la quatrième et la cinquième hypothèses. Intervenu dans l'intérêt exclusif d'un tiers, ou dans l'intérêt collectif du mandataire et d'un tiers, le mandat n'est pas efficace par le seul consentement. Il n'a que la valeur extra-juridique d'un conseil ou d'une recommandation, et les deux parties ne sont responsables que de leur dol. Mais du jour où ce mandat reçoit un commencement d'exécution, il devient valable et produit les actions *mandati*; car le mandant s'étant immiscé par le mandataire dans les affaires du tiers, se trouve *negotiorum gestor*, et conséquemment intéressé au plein achèvement de l'affaire entreprise (L. 28, D., *De negotiis gestis*, 3-5. — *Inst.*, L. III, t. XXVI, *De mandato*, §§ 3, 6).

Première et troisième hypothèses. — La première et la troisième hypothèses ne soulèvent aucune difficulté. Le mandat intervient dans l'intérêt exclusif du mandant, quand ce dernier vous charge par exemple d'administrer son patrimoine, de lui acheter un fonds,

de le cautionner, etc. (*Inst.*, L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 1).

Il intéresse à la fois un tiers et le mandant, quand ce dernier vous charge de vendre un fonds qui lui est commun avec le tiers, de cautionner une dette qui leur est commune, etc. (*Inst.*, L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 4).

Deuxième hypothèse. — La deuxième hypothèse offre plus d'importance, à raison des trois exemples que nous donne Justinien du mandat conçu dans l'intérêt collectif du mandant et du mandataire : 1° Vous me donnez mandat de prêter de l'argent à intérêt, *sub usuris*, à un tiers qui l'emprunte pour faire vos affaires, *in rem vestram ;* ce premier exemple ne présente aucune difficulté. 2° Un fidéjusseur donne mandat à son créancier de poursuivre à sa place le débiteur principal. L'avantage du mandant consiste à détourner la poursuite de sa tête, et l'avantage du mandataire à se réserver une action contre le fidéjusseur, en poursuivant le débiteur principal. Il faut se rappeler que Justinien fit disparaître à peu près ces deux intérêts, lorsqu'il modifia les anciens effets de la *litis contestatio* par une décision antérieure aux Institutes, et qu'il introduisit par une Novelle postérieure le bénéfice de discussion. 3° Vous me donnez mandat de stipuler d'un tiers, à vos risques et périls, ce que vous me devez. Votre avantage est d'échapper, pour toujours peut-être, à mes réclamations; le mien est d'avoir dorénavant deux débiteurs. Cette opération constitue ce que nous étudierons plus tard sous le nom de délégation (*Inst.*, L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 2; — *infra*, p. 285) (1).

II. — Une seconde classification du mandat se tire des attributions qu'il donne au mandataire. On dit en effet que le mandat est *spécial* (*procuratio unius rei*), lorsqu'il se restreint à des affaires déterminées; les pouvoirs du mandataire sont alors indiqués et délimités par l'objet même de sa mission. Le mandat est au contraire *général* (*procuratio omnium rerum*), lorsqu'il embrasse la totalité d'un patrimoine.

La détermination des pouvoirs du mandataire, quoi qu'on ait pu

(1) On peut encore citer comme exemple de mandat intervenu dans l'intérêt du mandant et du mandataire, le mandat de faire adition que les créanciers héréditaires donnent à l'héritier externe; les créanciers échappent ainsi à la nécessité de procéder à la *venditio bonorum defuncti;* quant à l'héritier mandataire, il acquiert le droit, si l'hérédité est insolvable, de ne payer le passif que dans la mesure de l'actif successoral (L. 32, D., *Mandati*, 17-1. — *Voir* t. I, p. 338).

dire, n'est et ne doit être, en principe, qu'une question de fait à résoudre d'après l'intention du mandant; ainsi le mandat général comprend certainement les actes d'administration, et peut comprendre les actes de disposition, au moins à titre onéreux. Cette extension est ordinairement présumée, si le mandant a conféré le mandat *cum libera administratione*. Mais il ne comprend jamais, sauf clause contraire, les pouvoirs de disposer à titre gratuit (L. 12, § 1, D., *De pactis*, 2-14; L. 60; L. 63, D., *De procuratoribus*, 3-3. — *Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 43. — Conf., C. C., art. 1987, 1988).

III. — Enfin le mandat peut être ou pur et simple ou affecté de certaines modalités; ce contrat comporte en effet toutes les modalités de droit commun; telles que le terme et la condition (*Inst.*, L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 12).

Toutefois, dans le droit classique, par application d'une règle générale que supprima Justinien, le mandat *post mortem mandantis* était nul, excepté dans les cas rares où il n'excluait pas toute possibilité d'action pour ou contre le mandant lui-même. Parmi ces cas figure l'hypothèse déjà signalée de l'*adstipulatio* qui accompagne une stipulation *post mortem stipulantis ;* car l'*adstipulator* mandataire deviendrait passible d'un recours immédiat de son mandant s'il consentait une acceptilation frauduleuse de la créance (*Gaius*, III, 100, 158; 215-216. — L. 12, § 17; L. 13, D., *Mandati*, 17-1) (1).

§ III.

Effets du mandat.

Les effets du mandat se présentent sous deux aspects, comme ceux de la société : 1° dans les rapports des contractants entre eux; 2° dans les rapports des contractants avec les tiers.

Rapports du mandant et du mandataire. — Le mandat oblige le mandataire *ab initio* et peut obliger le mandant *ex post facto*. S'il y a plusieurs comandataires ou comandants, ils sont codébiteurs solidaires (L. 59, § 3; L. 60, § 2, D., *Mandati*, 17-1. — L. 14, C., *Mandati*, 4-35. — Conf., C. C., art. 1995-2002).

(1) Cependant, le mandataire judiciaire connu sous le nom de *cognitor* ne pourrait être constitué ni à terme ni sous condition; la nomination d'un *cognitor* comme tous les *actus legitimi* excluait en effet les modalités expresses (F. V., §§ 318, 329).

Obligations du mandataire. — Le principe des obligations du mandataire, c'est que le mandat, une fois accepté, engage au plus haut degré son honneur et sa foi, *originem ex officio trahit* (L. 1, § 4, D., *Mandati*, 17-1).

Le mandataire est tenu de trois obligations principales; il faut en effet qu'il exécute le mandat, il faut ensuite qu'il réponde de son dol et de sa faute; il faut enfin qu'il rende compte de la mission qui lui a été confiée.

I. — Le mandataire doit d'abord exécuter le mandat, ou réparer le tort que l'inexécution cause au mandant. Qu'est-ce donc qu'exécuter le mandat? C'est suivre les intentions du mandant, c'est-à-dire accomplir la mission même qu'il a donnée, sans dépasser les conditions par lui fixées. En conséquence, le mandat reste inexécuté : 1° lorsque le mandataire s'est abstenu d'agir; 2° lorsqu'il a fait une affaire étrangère à son mandat; par exemple, chargé d'acheter l'esclave Stichus, il achète l'esclave Pamphile; 3° lorsqu'en faisant l'affaire indiquée dans le mandat, il est allé au delà des bornes qui lui étaient tracées; par exemple, chargé d'acheter une maison pour cent, il l'achète pour cent dix. Le mandant est-il alors obligé d'accepter l'opération, si le mandataire offre de la lui laisser au prix convenu et de garder l'excédant à sa charge? Il s'éleva sur ce point des controverses de détail à l'époque classique; mais Justinien les tranche par l'affirmative, pourvu cependant qu'il n'en puisse résulter aucun préjudice pour le mandant (*Paul*, S., L. II, t. XV, § 3. — L. 3, § 2; L. 5, pr., § 3, D., *Mandati*, 17-1. — *Inst.*, L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 8. — Conf., C. C., art. 1991).

Du reste, s'il est incontestable que le mandant n'est jamais forcé d'accepter l'affaire telle quelle dans les deux derniers cas d'inexécution du mandat, il a souvent droit en outre à des dommages-intérêts; c'est lorsqu'il n'a pas été impossible au mandataire de rester dans les termes du contrat (L. 41, D., *Mandati*, 17-1).

II. — Le mandataire répond de son dol et même de sa *culpa levis in abstracto*, quoique désintéressé dans le contrat. Cette doctrine, longtemps contestée peut-être, finit par triompher et n'est plus discutable à partir de Dioclétien. Elle se justifie par la confiance et l'affection que le mandat suppose entre les contractants, et qui imposent la plus exacte diligence (L. 23, D., *De regulis juris*, 50-17; L. 8, § 10, D., *Mandati*, 17-1. — L. 11; L. 13; L. 21, C., *Mandati*, 4-35. — Conf., C. C., art. 1992).

III. — Le mandataire doit enfin rendre compte, c'est-à-dire transporter au mandant tous les bénéfices qu'a pu lui procurer sa gestion. S'agit-il d'un droit de propriété ou de tout autre droit réel, il les transfère au mandant par les modes d'acquérir ordinaires, tradition, mancipation, *cessio in jure*. S'agit-il d'un droit de créance, il s'en décharge pratiquement par une cession d'actions. Il doit les intérêts des sommes d'argent versées entre ses mains, lorsqu'il est en demeure de les restituer, ou qu'il les a placées *sub usuris*, ou qu'il en a fait usage à son profit (L. 8, § 10; L. 20; L. 45, § 4, D., *Mandati*, 17-1. — Conf., C. C., art. 1996).

L'exécution de ces obligations est poursuivie contre le mandataire par l'action *mandati directa* qui est infamante (L. 1, pr., D., *De his qui not. inf.*, 3-2).

Obligations du mandant. — Les diverses obligations qui pèsent sur le mandant proviennent toutes de cette idée que le mandataire, rendant un service gratuit, ne doit pas subir de préjudice, *nemini officium suum damnosum esse debet* (L. 61, § 5, D., *De furtis*, 47-2).

Le mandant est en effet tenu des quatre obligations qui suivent :

I. — Il doit d'abord recevoir les objets acquis en exécution du mandat; car la garde en est lourde pour le mandataire qui peut en cas de refus non justifié du mandant faire des offres réelles et consigner (L. 12, § 9, D., *Mandati*, 17-1).

II. — Il doit, en second lieu, répondre de son dol et de sa culpa *levis in abstracto*, puisqu'il a tout l'avantage du contrat (L. 61, § 5, D., *De furtis*, 47-2).

III. — Il doit également rembourser au mandataire toutes ses dépenses légitimes, c'est-à-dire : les impenses conformes aux termes du mandat, alors même qu'on aurait pu les réduire ou qu'elles ont cessé d'être fructueuses; 2° les impenses qui, non contraires à l'esprit du mandat, ont produit un bénéfice pour le mandant (L. 12, § 9; L. 46, D., *Mandati*, 17-1).

Mais en vertu d'une règle qui s'accorde mal avec son étroite responsabilité, le mandataire n'a pas droit, indépendamment de ses déboursés, à la réparation des pertes qui sont le résultat le plus direct de l'accomplissement du mandat; par exemple, si des brigands le dépouillent dans un voyage qu'il fait pour le mandant, ce dernier n'est pas tenu de l'indemniser (L. 26, § 6, D., *Mandati*, 17-1. — *Contra*, C. C., art. 1999, 2000).

IV. — Le mandant doit enfin relever le mandataire de ses obligations régulièrement contractées envers les tiers. Il y parvient, soit en les acquittant lui-même, soit en procurant au mandataire sa libération par les procédés ordinaires de novation ou de constitut, soit en s'engageant, au moyen d'une stipulation, à garantir le mandataire contre toutes poursuites. En thèse générale, cette obligation et la précédente sont exigibles dans le cours du mandat, avant son entière exécution; mais, entre autres exceptions, le fidéjusseur ne peut recourir contre le débiteur principal qu'après l'avoir libéré en payant ou simplement en subissant une condamnation (L. 45; §§ 2-5, D., *Mandati*, 17-1. — Conf., C. C., art. 1998).

A raison de ces obligations, le mandant est passible de l'action *mandati contraria*, qui n'est pas *famosa*. On la donne même au mandataire qui se trouve, sans faute de sa part, dans l'impossibilité de mener jusqu'au bout son mandat (L. 56, § 4, D., *Mandati*, 17-1).

Rapports des contractants avec les tiers. — La règle de la non-représentation par autrui offrait ici les mêmes inconvénients qu'en matière de tutelle; mais elle reçut dans le mandat des modifications plus profondes. Pour indiquer ces modifications, il est important de distinguer entre les droits réels et les droits de créance.

Droits réels. — Le mandataire ne peut aliéner un droit réel appartenant au mandant par les modes civils solennels tels que la *mancipatio* ou la *cessio in jure;* ils ne sont accessibles qu'au titulaire du droit. Mais pour les biens susceptibles de tradition, la situation change; car on sait que la tradition est régulièrement faite par quiconque y procède avec l'assentiment du maître, et dès lors elle procure au tiers la possession et la propriété (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, §§ 42, 43).

De même, le mandataire ne peut acquérir directement un droit réel au mandant. L'acquisition, interceptée pour ainsi dire, s'arrête sur la tête du premier, qui doit ensuite la retransférer au second. Ce système de la double translation a pour inconvénient principal de rendre possible la constitution de charges sur la propriété. pendant qu'elle réside entre les mains du représentant. Mais les biens susceptibles de tradition échappent encore à ce désagrément. Comme la possession s'acquiert valablement au moyen d'un tiers. le mandant devient possesseur par le fait du mandataire. Par suite, il obtient du même coup la propriété, si la chose est *nec mancipi;* quant aux choses *mancipi*, il est mis *in causa usucapiendi,* dès

que la livraison lui en est connue. On sait d'ailleurs qu'il n'y a plus de *res mancipi* dans le droit de Justinien (*Inst.*, L. II, t. IX, *Per quas. pers.*, § 5. — *Voir* t. I, p. 160).

En résumé, sur la fin de la législation romaine, le principe de la non-représentation par autrui ne concerne plus que ceux des droits réels qui ne se prêtent pas à la tradition. Il a donc cessé de gêner les translations de propriété.

Droits de créance. — Le principe de la non-représentation *per extraneam personam* resta plus longtemps intact dans le domaine des droits de créance. L'intervention du mandataire fut longtemps inefficace, soit pour nouer directement des obligations entre le mandant et les tiers, soit même pour effacer, par les modes d'extinction, une obligation préexistante entre ces personnes.

Mais cette rigueur fut enfin tempérée; le préteur fit le premier pas dans la voie des innovations. Il avait permis de bonne heure, aux tiers qui contractaient avec le fils ou l'esclave, de poursuivre à raison de ces contrats le père où le maître, dans les deux cas déterminés de l'action *exercitoria* et de l'action *institoria*, que nous étudierons plus loin. Il étendit ces décisions spéciales au mandataire autre que le fils et l'esclave, et reconnut au tiers, dans les deux hypothèses précitées, la faculté de passer par-dessus l'intermédiaire et d'agir contre le mandant lui-même. Ce n'était là du reste qu'une faveur, et le mandataire demeurait obligé suivant le droit commun (L. 1, § 17; L. 5, § 1, D., *De exercit. actione*, 14-1. — *Inst.*, L. IV, t. VII, *Quod cum eo*, § 2, *in fine*).

Les jurisconsultes vinrent ensuite, qui généralisèrent l'idée prétorienne. Ils admirent d'abord les créanciers du mandataire à poursuivre le mandant, toujours et sans distinction, par l'action *institoria utilis*. Puis ils en arrivèrent logiquement à permettre au mandant d'exercer lui-même à titre utile, sans une cession formelle, les actions acquises par le mandataire contre les tiers (L. 13, § 25, D., *De actionibus empti*, 19-1; L. 19, pr., D., *De inst. act.*, 14-3).

Pour conclure, la loi romaine a fini par décider que le mandant deviendrait créancier ou débiteur des tiers avec lesquels le mandataire a traité. Mais elle s'est arrêtée à mi-chemin de la théorie, elle n'est pas arrivée comme le droit français à une notion complète de la représentation véritable et parfaite; car elle se contente de juxtaposer le mandant et le mandataire, sans dégager le mandataire des obligations qu'il a pu contracter en exécution du mandat. Les

tiers, en effet, n'ont pas perdu le droit de poursuivre le mandataire à la place du mandant, et restent en revanche passibles de ses actions, tant que ce dernier ne les a pas consommées (Conf., C. C., art. 1998).

D'ailleurs, il y avait deux circonstances où les tiers ont pu de tout temps intenter contre le mandant une action éminemment civile et directe, une *condictio*. Il en était ainsi : 1° lorsque les valeurs fournies par les tiers au mandataire avaient profité au mandant; 2° lorsqu'ils avaient contracté avec le mandataire sur la recommandation ou l'ordre du mandant. La *condictio* s'expliquait alors par les principes généraux, abstraction faite de toute idée de mandat (L. 23; L. 29; L. 32, D., *De rebus creditis*, 12-1).

§ IV.

Fin du mandat.

Lorsque le mandat se dissout avant tout commencement d'exécution, aucune conséquence n'en dérive, il est comme s'il n'avait jamais été, *solvitur, evanescit.* Dès que les choses ne sont plus entières, le mandat peut bien disparaître, mais seulement pour l'avenir, et les obligations déjà produites lui survivent (L. 15; L. 58, pr., D., *Mandati*, 17-1. — *Inst.*, L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 9).

Le mandat, en sa qualité de contrat consensuel, peut d'abord prendre fin *mutuo dissensu*; il peut aussi, comme la société, se terminer par des causes diverses qu'on ramène à trois, *ex re vel tempore, ex personis, ex voluntate* (Conf., C. C., art. 2003).

I. — *Ex re vel tempore.* — Conformément au droit commun, le mandat finit par l'arrivée du terme, ou de la condition résolutoire, par l'exécution de la mission confiée au mandataire et par l'impossibilité absolue de l'exécuter.

II. — *Ex personis.* — Le mandat prend également fin par la mort de l'une ou de l'autre des parties. La *maxima capitis deminutio* du mandant ou du mandataire en entraîne aussi la rupture, puisqu'elle supprime toute capacité de s'obliger. Peut-être, dans le droit classique, en était-il de même de la *media* et de la *minima capitis deminutio*; il est pourtant vraisemblable que, si telle eût été la doctrine certaine, les jurisconsultes n'auraient pas senti le besoin de l'exprimer formellement à l'égard de l'*adstipulator*, ni de

a controverser pour l'*adjectus solutionis gratia* (*Gaius*, III, 114. — L. 38; L. 95, § 6, D., *De solutionibus*, 46-3. — *Inst.*, L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 10).

III. — *Ex voluntate.* — Le mandant est maître de révoquer le mandat; cette faculté générale ne reçoit que de rares exceptions (*Inst.*, L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 9. — Conf., C. C., art. 2004, 2006) (1).

Réciproquement, le mandataire est maître de renoncer au mandat. Cette renonciation est souvent explicable par de justes motifs, tels qu'une maladie du mandataire ou l'insolvabilité du mandant. Lorsqu'elle manque d'une cause sérieuse, elle doit survenir en temps utile, c'est-à-dire assez tôt pour que le mandant puisse faire encore l'affaire par lui-même ou par un tiers. La renonciation intempestive et non justifiée oblige le mandataire à payer des dommages-intérêts (L. 23; L. 25, D., *Mandati*, 17-1. — *Inst.*, L. III, t. XXVI, *De mandato*, §§ 10, 11. — Conf., C. C., art. 2007).

Conséquences de l'extinction du mandat EX PERSONIS VEL EX VOLUNTATE. — Ces deux derniers modes de dissolution n'appartiennent pas au droit commun, et dérivent de l'*intuitus personæ* qui fait la loi du mandat. Il faut donc placer ici deux remarques importantes :

1° L'action *mandati* survit au mandat, lorsque le mandataire continue sa gestion, dans l'ignorance de la mort du mandant ou de la révocation qui a dissous le contrat. Sa bonne foi l'autorise alors à réclamer que le mandant ou ses héritiers prennent ses actes pour leur compte et l'en indemnisent. Mais cette considération d'équité est inapplicable au cas où le mandat a cessé par la renonciation du mandataire ou par sa mort; car lui-même ou ses héritiers connaissent alors l'expiration de ses pouvoirs (*Gaius*, III, 160. — L. 26, § 1, D., *Mandati*, 17-1. — *Inst.*, L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 10. Conf., C. C., art. 2008, 2010).

2° Les tiers qui traitent de bonne foi avec le mandataire, après sa renonciation, sa révocation, ou la mort du mandant, ont droit au maintien de leurs actes. La règle est tout au moins incontestable pour le paiement qu'un débiteur aurait ainsi fait, et que les textes déclarent libératoire. Cet exemple, très énergique en lui-même, est

(1) Le mandant ne pourrait cependant pas révoquer le mandat dans les cas où les tiers ont un droit acquis à ce que les pouvoirs du mandataire ne soient pas retirés; c'est ce qui arrive notamment à l'égard de l'*adstipulator* ou de l'*adjectus solutionis gratia* (L. 12, § 2, D., *De solutionibus*, 46-3).

de ceux qu'on peut généraliser sans témérité (L. 12, § 2; L. 34, § 3, D., *De solutionibus*, 46-3. — *Inst.*, L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 10, *in fine*. — Conf., C. C., art. 2005, 2009) (1).

CHAPITRE XVII.

EXTENSION DE LA THÉORIE DES CONTRATS.

PACTES. — CONTRATS INNOMMÉS.

A l'origine, le nombre des conventions civilement obligatoires était restrictivement limité; mais, à côté du système primitif des contrats, il s'en élabora lentement et progressivement un autre, qui fait le plus grand honneur à l'esprit de réforme du préteur et des jurisconsultes.

Cette extension se manifeste surtout dans deux théories importantes dont il n'est pas question aux Institutes : la théorie des pactes et la théorie des contrats innommés.

PREMIÈRE SECTION.

PACTES.

(D., L. 2, t. 14, *De pactis*.)

On a déjà vu que le mot générique de *conventio* ou *pactio* désigne l'accord de deux ou plusieurs volontés, en vue de produire un effet juridique. Munie d'une action par le droit civil, la convention reçoit le nom spécial de contrat, *transit in nomen contractus*; dénuée de toute action, elle garde la dénomination technique de pacte, *pactio*, *pactum*. Au fond, les termes de convention et de pacte sont équivalents pour exprimer l'idée d'un consentement d'où n'a pu sortir un contrat, faute du fait qui constitue la *causa civilis* (L. 1, § 2; L. 6, D., *De pactis*, 2-14).

La grande règle de l'ancienne loi romaine, applicable aux droits

(1) Le *mandatum pecuniæ credendæ* a été étudié comme appendice à la fidéjussion. La *procuratio in rem suam* sera traitée à propos de la cession de créances; quant à la *procuratio ad litem*, il en sera parlé sur la théorie de la représentation judiciaire.

réels comme aux droits de créance, c'est que le simple consentement, non revêtu des formes requises, n'engendre pas d'effet juridique. Tel est le principe abrupte et rigoureux du vieux droit civil. Il comporta bien de bonne heure quelques exceptions remarquables; par exemple, les quatre contrats consensuels ne sont en réalité que des pactes obligatoires, et l'on verra bientôt que ces mêmes contrats disparaissent aussi par un simple pacte de dissolution, sous des conditions déterminées; la loi des Douze-Tables reconnaissait également au pacte la force d'éteindre de plein droit les deux actions de vol et d'injure. Mais ces dérogations trop rares n'avaient aucune portée générale. On peut aller jusqu'à dire qu'à l'époque même de Justinien, le principe de l'inefficacité du simple consentement conserve encore sa vigueur théorique (L. 7, §§ 1, 3, 14, D., *De pactis*, 2-14. — *Contra*, C. C., art. 1134).

Toutefois des modifications successives en ont sagement effacé presque tous les inconvénients pratiques. On distingue à cet égard deux classes principales de pactes, les *pacta nuda* et les *pacta adjecta* (1).

§ I.

Pacta nuda.

Le *pactum nudum* est le pacte isolé, celui qui ne se rattache à aucune autre opération juridique, et qui reste dépourvu de toute action (L. 7, § 3, D., *De pactis*, 2-14).

Cependant les préteurs avaient proclamé, dans leur belle langue imposante, qu'il est fâcheux de tromper la bonne foi, *grave est fidem fallere;* ils devaient donc protéger tout pacte conclu sans dol et non contraire aux lois. Ils y parvinrent sans violer la lettre du droit civil, en attachant au pacte, non pas une action, mais une

(1) A la rigueur, une classification superficielle pourrait en comprendre une troisième classe, les *pacta legitima vel prætoria*. Mais ces pactes ne sont au fond que des contrats, puisque ce sont des conventions munies d'une action par les constitutions impériales, *legitima*, ou par le préteur, *prætoria*. Il en est donc traité sur les matières qu'ils concernent. Ainsi les principaux pactes légitimes sont : le pacte de donation, le pacte de dot et le compromis. Les principaux pactes prétoriens sont : le constitut, le serment et l'hypothèque; le pacte d'hypothèque a la force remarquable, et refusée même aux contrats, de produire un droit réel.

simple exception. De là vient l'adage, ***nuda pactio actionem non parit, sed parit exceptionem*** (L. 7, §§ 4, 7, D., *De pactis*, 2-14) (1).

Pour préciser le caractère et la portée de cette innovation prétorienne, il faut distinguer deux hypothèses suivant que le pacte tend à créer une obligation ou suivant qu'il tend à l'éteindre.

I. — Le pacte tend à créer une obligation, c'est un pacte *ad obligandum*. Dans ce cas, le pacte restera en principe sans effet, jusqu'au moment où le créancier se trouvera dans une situation telle qu'il puisse invoquer l'*exceptio pacti conventi*. Mais qu'on suppose, par exemple, que le débiteur obligé en vertu d'un pacte nu paie volontairement et tente ensuite de réclamer par la répétition de l'indû, il sera repoussé par l'exception de pacte. On voit par là que ce pacte a au moins pour résultat de rendre le paiement possible et définitif.

II. — Le pacte tend à éteindre une obligation, c'est un pacte *ad liberandum*. Dans cette hypothèse, l'exécution du pacte sera infailliblement assurée; car si le débiteur est poursuivi nonobstant le pacte *de non petendo* que lui aura consenti le créancier, il pourra toujours se prévaloir de l'exception et paralyser ainsi l'action conservée par le droit civil. Il suit de là que le pacte nu éteint toujours au moins l'obligation *exceptionis ope* (L. 17, § 1, D., *De pactis*, 2-14).

En résumé, lorsque la situation des parties est telle qu'une exception peut sanctionner le pacte, le préteur accorde l'*exceptio pacti*, corollaire logique et inéluctable de l'*exceptio doli* qu'il avait consacrée (L. 7, § 4, D., *De pactis*, 2-14).

On doit encore aller plus loin et il ne faut pas craindre de dire que, si le pacte nu est impuissant à créer une obligation civile, il peut tout au moins produire une de ces obligations naturelles que nous avons déjà étudiées. Cette proposition a été contestée, bien à tort suivant nous, car elle résulte des principes généraux et des textes (L. 5, § 2, D., *De solutionibus*, 46-3. — L. 3, C., *De usuris*, 4-32. — *Gaius*, III, 119; — *supra*, p. 10).

(1) Ulpien nous a conservé sur ce point le texte même de l'édit du préteur : « *Pacta conventa quæ neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatus-* « *consulta, edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo* » (L. 7, § 7, D., *De pactis*, 2-14).

§ II.

Pacta adjecta.

Les pactes adjoints, *pacta adjecta*, sont des conventions accessoires et non revêtues des formes civiles, qu'on ajoute à des opérations juridiquement valables, pour en modifier les effets ordinaires.

Les pactes peuvent s'ajouter à un contrat ou à une *datio.*

I. — **Pactes adjoints à un contrat.** — La théorie des pactes ajoutés à un contrat soulève deux questions délicates qu'il faut trancher : 1° le pacte adjoint *ad augendam obligationem*, c'est-à-dire pour augmenter les obligations que le contrat engendre de lui-même, est-il sanctionné par l'action du contrat? 2° le pacte adjoint *ad minuendam obligationem*, c'est-à-dire pour restreindre les conséquences normales du contrat, opère-t-il *ipso jure* ou *exceptionis ope?*

A ce point de vue, les pactes adjoints doivent se subdiviser en *pacta adjecta ex intervallo* et en *pacta adjecta in continenti.*

Pacta adjecta ex intervallo. — On appelle *pactum adjectum ex intervallo* celui qui n'accompagne pas la conclusion du contrat, et qui survient après coup; il tend à revenir sur des résultats déjà produits. Aussi ne peut-il, sans différence entre les contrats de droit strict et de bonne foi, enfanter jamais qu'une exception (L. 7, § 4, D., *De pactis,* 2-14. — L. 13, C., *De pactis,* 2-3).

Dès lors, intervenu pour diminuer l'obligation, par exemple dans le but d'affranchir le vendeur de sa dette de garantie, il opère seulement *exceptionis ope.* Intervenu pour augmenter l'obligation, par exemple dans le but d'exiger que la *cautio duplæ* soit fournie *cum satisdatione* au lieu d'une *nuda repromissio,* il n'est pas sanctionné par l'action du contrat et reste non avenu, à moins qu'il n'ait été volontairement exécuté et que la partie qui en a profité ne l'invoque comme défenderesse (L. 7, § 4, D., *De pactis,* 2-14).

On doit cependant observer que l'*exceptio pacti* qui n'est qu'un dérivé de l'exception de dol est sous-entendue dans les *judicia bonæ fidei*, tandis qu'elle doit toujours être insérée dans la formule des *judicia stricti juris.* Donc, s'il s'agit d'un contrat de droit strict, la partie qui veut se prévaloir du pacte *ex intervallo* devra, sous

peine de déchéance, invoquer l'exception *in jure*, devant le magistrat. S'il s'agit d'un contrat de bonne foi, une pareille précaution sera inutile, et l'exception étant sous-entendue pourra être opposée *in judicio*, devant le juge (L. 3, D., *De rescind. vend.*, 18-5).

Il est bon de remarquer également que le pacte *ex intervallo*, lorsqu'il a pour but de dissoudre un des quatre contrats consensuels ou de lui en substituer un nouveau, produit son effet *ipso jure*, en vertu de la règle que ces contrats s'éteignent comme ils se forment, c'est-à-dire par le consentement. Mais lorsque le pacte *ex intervallo*, sans toucher aux éléments essentiels du contrat, tend simplement à le modifier dans ses éléments accessoires, *adminicula*, on revient à la règle et le pacte ne peut produire son effet que sous forme d'exception (L. 72, pr., D., *De contr. empt.*, 18-1).

Pacta adjecta in continenti. — Le pacte ajouté *in continenti* est celui qui précède, accompagne ou suit immédiatement la conclusion du contrat. Il n'en est donc qu'une clause, peut-être essentielle et déterminante. La portée de ce pacte varie avec la nature du contrat auquel il se rattache.

Contrats de bonne foi. — Il est de règle que le pacte adjoint *in continenti* à un contrat de bonne foi en fait partie intégrante, *inest contractui*; ce n'est là qu'une conséquence du pouvoir qu'a le juge de prononcer en cette matière suivant l'équité. Il est donc obligatoire comme le contrat lui-même, *dat legem contractui*, pour parler le langage d'Ulpien. En conséquence, les obligations qu'il en retranche sont supprimées de plein droit, comme si elles n'eussent jamais existé; les obligations qu'il y ajoute sont sanctionnées par l'action même du contrat (L. 7, §§ 4, 5, D., *De pactis*, 2-14 (1).

Contrats de droit strict. — Quant aux pactes adjoints *in continenti* aux contrats de droit strict, les textes ne s'expliquent qu'à l'occasion du *mutuum* et de la stipulation; car le contrat *litteris* n'existait plus au temps où les recueils de Justinien furent rédigés. Mais la doctrine classique assimilait peut-être sur ce point le prêt fictif ou *nomen transcriptitium* au prêt réel ou *mutuum*.

Il est probable qu'à l'origine, un pacte quelconque adjoint *in con-*

(1) Nous avons vu toutefois que dans le cas où il s'agissait d'un pacte *in continenti* destiné à résoudre un contrat consensuel, comme la vente, les jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur l'action qu'il fallait accorder; les Sabiniens donnaient l'action du contrat et les Proculiens accordaient l'action *præscriptis verbis* (*supra*, p. 162).

tinenti aux contrats de droit strict, pour en augmenter ou pour en diminuer les effets, n'avait pas plus de force qu'un pacte *ex intervallo* et n'engendrait jamais qu'une exception. La nécessité de la *causa civilis* amenait inévitablement à cette conclusion. Puisque le consentement tirait sa force légale du fait extrinsèque de la tradition, des paroles ou de l'écriture, cette force légale devait se mesurer sur ce fait; l'obligation créée ne pouvait aller au delà ni rester en deçà de la *causa civilis*. En d'autres termes, si dix ont été prêtés, ou promis, ou portés sur le *codex*, dix seront dus; un pacte, étranger à la *causa civilis* qui a produit ce résultat, ne saurait le modifier; et, s'il augmente ou diminue l'obligation, ce ne sera jamais que par la voie prétorienne de l'exception, *exceptionis ope* (L. 7, § 5, D., *De pactis*, 2-14).

Mais les jurisconsultes adoucirent successivement ces extrêmes rigueurs de logique.

Stipulation. — On admit d'abord que les pactes adjoints *in continenti* à la stipulation, ou d'une manière plus générale à un contrat verbal, pour diminuer l'obligation, opéreraient de plein droit et formeraient de véritables clauses du contrat (L. 4, § 3, D., *De pactis*, 2-14).

Ce premier pas devait nécessairement entraîner le second; aussi faut-il admettre, en dépit de certaines contestations, que les jurisconsultes classiques allèrent jusqu'à décider que le pacte ajouté *in continenti* à la *stipulation*, même pour en augmenter les effets, ferait corps avec le contrat et serait protégé par l'action *ex stipulatu* (L. 40, D., *De rebus creditis*, 12-1; L. 1, § 3, D., *De verb. oblig.*, 45-1. — L. 27, C., *De pactis*, 2-3) (1).

Mutuum. — Le *mutuum* fut lancé, comme la stipulation, dans cette direction nouvelle. Peut-être en a-t-il subi le premier l'influence; car il est difficile d'admettre qu'on n'ait pas validé de tout temps certains pactes presque inséparables de ce contrat, notamment l'indication d'un terme ou la fixation d'un lieu pour le remboursement. Quand la réaction se fit contre le rigorisme du droit civil, on admit sans grande difficulté que le pacte ajouté *in continenti* pour diminuer l'obligation normale née du *mutuum* produirait son effet de plein droit (L. 11, § 1, D., *De rebus creditis*, 12-1).

(1) La loi 40, D., *De rebus creditis*, 12-1, connue sous le nom de loi *Lecta*, présente d'intéressantes difficultés d'interprétation qui ne peuvent pas nous arrêter.

Mais, parmi les nombreuses conventions destinées à le modifier, il en est une qui resta toujours soumise à la doctrine restrictive. En aucun temps, même sous Justinien, le pacte d'intérêts adjoint au *mutuum* d'argent ne fut obligatoire. Cette restriction a de l'importance, parce que le *mutuum* d'argent est le plus usuel. Elle tient probablement à la formule de l'action qui naît de ce contrat, formule dont les termes, comme on le comprendra plus tard, limitent immuablement à la quantité prêtée le montant de la condamnation (L. 17, pr., D., *De pactis*, 2-14; L. 71, D., *De fidejussoribus*, 46-1. — L. 12, C., *De usuris*, 4-32) (1).

En résumé, la jurisprudence classique assura de plus en plus la prédominance de l'équité naturelle sur les principes artificiels et finit par assimiler à peu près les contrats de droit strict aux contrats de bonne foi, dans l'importante matière des pactes adjoints.

II. — **Pactes adjoints à une datio.** — Les pactes peuvent s'ajouter à une *datio*, c'est-à-dire à un mode translatif de propriété ou créateur de droits réels pour en restreindre ou pour en modifier les effets. Le principe en lui-même est certain, il résulte de plusieurs textes qui l'appliquent à la *mancipatio*, à la *cessio in jure* et à la tradition (F. V., § 50. — L. 48, D., *De pactis*, 2-14).

Il nous suffira de parler des pactes ajoutés *in continenti;* quant aux pactes ajoutés *ex intervallo*, ils ne sauraient avoir plus de force que dans les contrats; ils ne produisent jamais qu'une exception. On doit d'ailleurs distinguer entre le pacte qui se borne à restreindre les effets de l'aliénation et celui qui tend à créer des obligations à la charge de l'acquéreur.

1° Les pactes ajoutés *in continenti* pour diminuer les résultats ordinaires de l'aliénation sont en principe valables et sanctionnés par la loi. C'est ainsi qu'on peut déduire par *retentio* une servitude de la propriété aliénée par mancipation; c'est encore ainsi qu'on peut différer à l'aide d'une condition ou d'un terme l'effet translatif de la tradition, etc. (F. V., §§ 47-50. — L. 48, D., *De pactis*, 2-14).

Encore faut-il que ces pactes restrictifs ne soient exclus, ni par la nature du droit aliéné comme les clauses résolutoires de la propriété ou le pacte *deducta superficie*, ni par la forme du mode d'acquérir employé, comme les modalités exprimées dans la mancipa-

(1) Les constitutions impériales admirent au contraire comme règle générale qu'un simple pacte suffirait pour faire produire des intérêts dans le *mutuum* de denrées (L. 12; L. 23, C., *De usuris*, 4-32).

tion ou l'*in jure cessio*, ou le pacte *deducta servitute* appliqué à la tradition (F. V., § 283. — L. 44, § 1, D., *De oblig. et act.*, 44-7; L. 77, D., *De regulis juris*, 50-17).

2° Quant aux pactes ajoutés *in continenti* pour aggraver les conséquences ordinaires de l'aliénation, c'est-à-dire pour en faire la source d'une obligation à la charge de l'acquéreur, l'ancien droit romain les subdivisait sans doute en deux catégories.

1° Si l'acquéreur ne s'engage par le pacte qu'à restituer la chose ou la valeur reçue, il est obligé parce que son obligation est exactement conforme à la *datio*. Tel est, au fond, le cas du *mutuum* où le pacte devient contrat. Tels sont les cas déjà connus de la donation à cause de mort sous condition résolutoire, de la dot constituée avant le mariage, du gage et du dépôt constitués par une aliénation, etc. Dans ces hypothèses, l'obligation est sanctionnée par une *condictio sine causa*, fondée sur ce que la translation de propriété est désormais dénuée de cause (L. 1, § 2, D., *De condictione sine causa*, 12-7).

Cette action présentait un double inconvénient; d'une part, en effet, elle était *stricti juris*; d'autre part, elle ne permettait pas au juge de tenir compte des obligations pouvant exister à la charge de l'aliénateur. Aussi, les parties prévoyantes donnaient à ce pacte la forme de la *fiducia*, distincte de l'acte d'aliénation, et qui devenait un véritable contrat, productif de l'action *directa fiduciæ* pour l'aliénateur, et de l'action *contraria fiduciæ* pour l'acquéreur (*Gaius*, I, 132; II, 59 et s.).

2° Mais si l'acquéreur s'engage par le pacte ou à restituer plus qu'il n'a reçu, ou à restituer autre chose, ou à exécuter un fait en retour, l'opération constitue ce qu'on appelle une *datio ob rem* (dation en vue d'un but). Pendant longtemps, cette obligation ainsi mise à la charge de l'*accipiens* ne fut pas valable parce qu'elle n'était pas conforme à la *datio* (L. 7, § 2, D., *De pactis*, 2-14).

Cependant, si l'aliénateur n'avait pas le droit d'exiger que l'acquéreur exécutât l'obligation, il pouvait tout au moins reprendre ce qu'il avait livré par la *condictio ob rem dati* fondée sur ce que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (L. 65, § 4, D., *De cond. indeb.*, 12-6).

Telle était la théorie primitive, mais elle fut bientôt remplacée par la théorie plus équitable des contrats innommés.

DEUXIÈME SECTION.

CONTRATS INNOMMÉS.

(D., L. 19, t. 5, *De præscript. verbis.*)

L'étude des contrats innommés se rattache étroitement à la théorie des pactes dont elle est le complément indispensable. Le contrat innommé n'est en réalité qu'un pacte reconnu et sanctionné par la jurisprudence ; en se plaçant dans le dernier état du droit, à un moment où la théorie a été complètement élaborée, on peut le définir : *un pacte synallagmatique, qui s'est transformé en contrat par l'exécution qu'il a reçue de l'une des parties.*

Cette exécution, une fois accomplie après la convention, constitue en quelque sorte la *causa civilis* qui lui manquait pour devenir obligatoire. Il n'est donc pas absolument inexact de considérer en eux-mêmes les contrats innommés comme une espèce de contrats réels, puisqu'ils se forment *re*. Mais il n'en faut pas faire une subdivision technique des contrats réels proprement dits; car dans l'idée romaine, ces derniers ont toujours pour *res* une tradition, tandis que les contrats innommés se forment par l'exécution de la prestation quel qu'en soit l'objet (L. 7, § 2, D., *De pactis*, 2-14).

Éléments constitutifs des contrats innommés. — Prenons les contrats innommés au temps où l'existence n'en est plus contestée. Deux éléments sont indispensables pour les former : 1° une convention bilatérale, qui tend à mettre une prestation à la charge de chaque partie; 2° l'accomplissement volontaire par l'un des contractants de la prestation qui lui incombe, en vue d'obtenir celle que lui a promise l'autre contractant.

Il n'est pas besoin d'ajouter que la convention, soit en elle-même, soit exécutée par l'une des parties, doit rester en dehors de tout contrat nommé (L. 5, §§ 1, 2, D., *De præscript. verbis*, 19-5).

Classification. — On sait que toutes les prestations possibles peuvent se ramener à deux grands objets, *dare* ou *facere*. Dès lors il est clair que toutes les formes innombrables de conventions suivies d'exécution rentrent dans l'une des quatre catégories suivantes, *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*. Comme l'a dit un économiste moderne, Frédéric Bastiat, ces quatre classes de

contrats innommés embrassent toutes les combinaisons sociales de l'échange, produit contre produit, produit contre service, service contre produit, service contre service (L. 5, D., *De præscript. verbis*, 19-5. — Bastiat, *Harmonies économiques*, L. VI, ch. 1).

Dare désigne ici toute aliénation valable, c'est-à-dire émanée d'un propriétaire capable. Il n'y a pas à se préoccuper de la nature du droit réel qui en est l'objet, ni du mode employé pour procéder à la *datio*. La prestation constitutive des contrats *do ut des, do ut facias* peut donc consister dans le transfert de la propriété quiritaire ou prétorienne, dans l'aliénation d'un fonds provincial, ou dans la constitution d'une servitude, d'une hypothèque, d'une emphytéose, etc. Quant au *facere*, il comprend d'abord le *non facere*, et désigne tout fait actif ou passif, juridique ou non; il en résulte les contrats *facio ut des*, *facio ut facias*, à la double condition que ce fait comporte une exacte estimation pécuniaire, et qu'il soit possible et licite.

Formation progressive des contrats innommés. — La théorie des contrats innommés fut l'œuvre de la jurisprudence; aussi comme bien l'on pense, ne s'est-elle pas formée de toutes pièces et d'un seul jet. Elle s'est élaborée lentement, progressivement, et ce ne fut qu'assez tard qu'elle fut définitivement acceptée par tous les jurisconsultes.

Trois périodes principales peuvent être distinguées dans la formation successive des contrats innommés; d'ailleurs ce ne sont pas de véritables périodes chronologiques commençant et finissant à une date fixe et connue; ce sont plutôt des phases progressives d'une même doctrine, sans durée bien certaine et s'accusant par des innovations et des perfectionnements tendant tous au même but.

Première période. — Le trait caractéristique de la première période, c'est qu'on n'y connaît que les contrats nommés, c'est-à-dire consacrés et qualifiés par l'ancien droit civil. En dehors d'eux, pas d'action contractuelle.

Si donc une personne exécute, à la suite d'une simple convention synallagmatique, un fait qu'elle a promis en vue d'obtenir un autre fait ou quelque chose, aucun moyen ne lui est donné pour forcer l'autre partie à s'exécuter aussi. Sans doute le droit commun lui ouvrait quelques actions non contractuelles pour revenir sur son acte; par exemple, si le fait consistait dans la remise matérielle

d'un objet, elle était admise à la revendication de cet objet, mais elle y devait faire la preuve de sa propriété, et ne pouvait demander des dommages-intérêts pour l'inexécution. Ce remède et tous les autres pareils, ne constituaient donc qu'une ressource incertaine et précaire (L. 18; L. 19; L. 20; L. 22, D., *De præscript. verbis*, 19-5).

Spécialement, dans les hypothèses *do ut des* et *do ut facias*, l'auteur de la *datio* ne peut davantage exiger la prestation promise par l'autre partie. Mais il a du moins, pour redemander sa chose, une *condictio ob rem dati* ou *condictio causa data, causa non secuta*, action non contractuelle, fondée sur le principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. L'acquéreur est donc obligé, mais seulement à rendre ce qu'il a reçu, et sous la condition qu'il ne veuille ou ne puisse satisfaire à la convention. De là résultent des conséquences regrettables pour l'une et l'autre des parties : 1° l'auteur de la *datio* supporte les risques de l'objet qu'il a donné; car son action se réduit à la valeur actuelle de sa chose, perdue ou détériorée par la négligence et sans le fait actif de l'acquéreur; 2° tant que l'acquéreur ne s'est pas exécuté, même en l'absence de toute faute de sa part, il est passible de la *condictio*. Notamment, dans l'hypothèse *do ut des*, il supporte les risques de l'objet qu'il doit donner, en ce sens que la perte même fortuite de cette chose n'empêche pas l'auteur de la *datio* d'intenter la *condictio ob rem dati;* car la condition de cette action est accomplie, etc. (L. 16, D., *De condictione causa data*, 12-4; L. 65, § 4, D., *De condictione indebiti*, 12-6. — L. 4, C., *De dolo malo*, 2-21).

Deuxième période. — Dans la seconde période, on se rapprocha d'une doctrine plus équitable et plus juridique, en organisant une protection moins étroite pour l'auteur du *dare* ou du *facere;* mais on n'arriva pas encore à l'idée de contrat.

L'action *de dolo* venait d'être inventée par le préteur Aquilius Gallus; les jurisprudents l'appliquèrent aux hypothèses *facio ut facias, facio ut des* toutes les fois que la *condictio ob rem dati* était impossible; il y a dol, en effet, de la part de l'une des parties, à profiter de la prestation accomplie par l'autre, sans donner ou faire l'équivalent promis (L. 5, § 3, D., *De præscript. verbis*, 19-5).

Quant aux hypothèses *do ut des, do ut facias*, toujours munies de la *condictio ob rem dati*, elles peuvent en outre aboutir parfois à l'action de dol; c'est par exemple, lorsque l'acquéreur s'est mis par

sa faute en retard d'exécuter, et que la chose a péri entre ses mains depuis sa demeure, etc. (L. 16, § 1, D., *De præscript. verbis*, 19-5).

L'action de dol, tout en réalisant un sérieux progrès sur le passé, présentait cependant encore de graves inconvénients. D'abord, en sa qualité d'action prétorienne, elle n'était qu'annale. Ensuite, après l'année ou contre les héritiers de l'auteur du dol, elle se restreignait à la mesure du profit acquis par le défendeur, au lieu de comprendre tout le préjudice subi par le demandeur. Enfin, elle entraînait la note d'infamie contre le condamné. Pour toutes ces raisons, il restait encore un dernier pas à faire.

Troisième période. — De ces divers moyens, qui faisaient abstraction de l'idée de contrat, on finit par s'élever à la théorie plus juste et plus sensée, qui considérait la prestation accomplie de l'un des côtés comme constitutive d'un contrat. Cette conclusion ne fut atteinte qu'après de longues luttes et par étapes successives. Elle triompha d'abord dans les hypothèses *do ut des, do ut facias*, vers le commencement du second siècle de notre ère, sous l'influence du jurisconsulte Ariston. Elle s'étendit ensuite au *negotium facio ut facias*. Il est enfin probable qu'elle embrassa le cas de *facio ut des* dans le cours du troisième siècle, peut-être sous le règne d'Alexandre Sévère (L. 7, § 2, D., *De pactis*, 2-14; L. 14, D., *De præscript. verbis*, 19-5. — L. 6, C., *De transact.*, 2-4).

La théorie des contrats innommés était ainsi définitivement formée; mais, quelle action fallait-il leur donner? Sur ce point, la divergence éclata entre les deux écoles. Les Sabiniens, tout en se prêtant à l'admission des contrats innommés, refusaient de les sanctionner par une action spéciale, et voulaient leur attacher, à titre d'actions utiles, les actions du contrat nommé le plus analogue; ainsi, pour citer un exemple déjà connu, ils faisaient produire au contrat innommé d'échange, *permutatio*, les actions de la vente (*Gaius*, III, 141).

Les Proculiens voulaient au contraire une action distincte pour une espèce distincte de contrats, et cet avis plus logique devait triompher. Or, il existait, probablement depuis le jurisconsulte Labéon, une action essentiellement contractuelle, et qui ne se donnait jamais qu'à défaut de toute autre action contractuelle, c'est-à-dire en certains cas où l'on avait déjà reconnu des contrats innommés. Cette action s'appelait *præscriptis verbis*, parce qu'en l'absence d'un nom techniqne pour désigner l'opération, l'exposé du fait devait se

trouver au début de la formule (*præscripta verba*). Ce fut cette action que les Proculiens, dont l'opinion prévalut, attachèrent spécialement à tous les contrats innommés (L. 2; L. 3; L. 4, D., *De præscript. verbis*, 19-5).

Effets des contrats innommés. — Les contrats innommés peuvent, dans le droit définitif, engendrer une triple action : 1° l'action *ex præscriptis verbis*; 2° la *condictio ob rem dati*; 3° la *condictio ex pœnitentia*. La première de ces actions est la seule qui soit générale et qui se trouve nécessairement dans tous les contrats innommés; les deux autres sont plus spéciales et ne se rencontrent que dans certaines hypothèses déterminées.

Action EX PRÆSCRIPTIS VERBIS. — Cette action est la marque certaine et la sanction normale des contrats innommés. Elle appartient à la partie qui a exécuté, pour obtenir l'exécution de la prestation correspondante, ou la réparation du préjudice que lui cause l'inexécution. L'action *ex præscriptis verbis* que certains textes qualifient d'*actio incerti civilis* ou encore d'*actio civilis in factum* est une action essentiellement contractuelle, civile, *concepta in jus*, perpétuelle et toujours de bonne foi (L. 5, § 2; L. 6; L. 9, D., *De præscript. verbis*, 19-5) (1).

Condictio ob rem dati. — La *condictio ob rem dati* encore appelée *condictio causa data, causa non secuta*, n'est pas aussi générale que l'action *præscriptis verbis*, elle n'est donnée que dans les cas où la partie qui a exécuté peut reprendre la prestation qu'elle a fournie. Il en est ainsi lorsque la prestation consiste dans un *dare* ou dans un fait juridique susceptible d'être anéanti comme une stipulation ou une acceptilation. Dans ces différents cas, la partie qui a exécuté a la faculté de répéter sa chose par la *condictio ob rem dati*; elle choisit entre cette action et la précédente, c'est-à-dire entre la résolution et l'exécution du contrat (L. 5, §§ 1, 2, D., *De præscript. verbis*, 19-5).

Mais la *condictio* n'a plus à présent son ancienne rudesse, et, pour qu'elle soit possible, il faut que l'autre partie se soit mise, par

(1) On pourrait croire en argumentant d'un passage des Institutes (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 28), que l'action *ex prescriptis verbis* n'est de bonne foi que dans les cas d'échange ou d'estimatoire et que, par suite, elle est de droit strict dans les autres cas. Cette assertion serait une véritable erreur, démentie qu'elle est par le caractère général de tous les contrats innommés et par différents textes incontestables (L. 1, pr., D., *De æstim. act.*, 19-3; L. 2, § 2, D., *De precario*, 43-26. — *Contra*, L. 19, § 2, D., *De precario*, 43-26).

son dol ou sa faute, hors d'état d'exécuter à son tour le contrat, ou qu'elle ait laissé passer le temps fixé pour l'accomplissement. Ainsi comprise, cette *condictio* n'est pas difficile à justifier. Car, en droit, l'auteur de la dation n'aliène que sous la condition résolutoire de reprendre l'objet, si l'autre partie ne remplit pas sa promesse. En fait, la répétition lui est souvent plus avantageuse que l'exécution, notamment lorsque la chose donnée a reçu une plus-value, ou que la chose due s'est détériorée (L. 16, D., *De condict. causa dat.*, 12-4; L. 5, § 1; L. 7, D., *De præscript. verbis*, 19-5. — L. 10, C., *De condict. ob caus. dat.*, 4-6) (1).

Condictio ex pœnitentia. — Cette action est encore plus spéciale que la *condictio ob rem dati;* elle ne s'accorde que dans les hypothèses d'ailleurs assez rares où l'opération juridique intervenue entre les parties se rapproche d'un mandat ou d'une offre de libéralité faite à un tiers. Cette action confère à l'auteur de la *datio* le *jus pœnitendi;* ce qui veut dire qu'il a le pouvoir de révoquer le contrat, de le dissoudre par un changement de volonté notifié au débiteur. Il en est ainsi d'abord, lorsque la *datio* est intervenue pour obtenir de l'acquéreur un fait quelconque, dont l'avantage ne doit profiter qu'à l'aliénateur; dans ce cas, l'opération se rapproche beaucoup du mandat, toujours révocable au gré du mandant. Il en est encore ainsi, lorsque la *datio* constitue une libéralité en faveur d'un tiers, car l'auteur d'une offre est toujours maître de la retirer tant qu'elle n'a pas été entièrement exécutée (L. 5, pr.; L. 3, § 2, D., *De cond. caus. dat.*, 12-4).

La *condictio ex pœnitentia* se fonde donc sur les principes généraux. D'ailleurs, cette action n'est utile que dans deux cas, lorsque le créancier veut agir avant l'expiration du délai accordé au débiteur, et lorsque le fait convenu se trouve irréalisable par hasard ou par suite de force majeure. Elle ne s'exerce qu'à la charge d'indemniser le débiteur des frais qu'il a faits pour commencer ou préparer l'exécution; elle se trouve donc inutile, si les impenses à rembourser égalent la valeur de la chose donnée (L. 5, pr., D., *De cond. caus. dat.*, 12-4).

En résumé, les contrats innommés n'engendrent d'action qu'au

(1) Il résulte de là que la plupart des contrats innommés sont affectés d'une condition résolutoire tacite qui ne se rencontre pas dans les autres contrats; on pourrait peut-être y voir le germe d'une importante disposition de notre Code civil (art. 1184).

profit de celle des parties qui s'est exécutée. On n'en doit pas conclure qu'ils soient unilatéraux..La convention originaire s'est transformée en contrat par un fait d'exécution; or comme elle était synallagmatique, elle doit nécessairement communiquer sa nature au contrat. On verra plus tard que cette remarque n'est pas sans importance pratique (1).

CHAPITRE XVIII.

DEUXIÈME SOURCE DES OBLIGATIONS.
QUASI-CONTRATS.

(*Inst.*, L. III, t. XXVII.)

Suivant une observation déjà présentée, l'obligation naît *quasi ex contractu*, lorsqu'elle a pour cause un fait licite, soit volontaire, soit imposé par la loi. Le quasi-contrat romain peut en effet se définir : tout fait licite, volontaire ou non, qui ne suppose pas l'accord conventionnel des parties et qui est cependant susceptible d'engendrer une ou plusieurs obligations (Conf., C. C., art. 1371-1381) (2).

Les Institutes énumèrent cinq quasi-contrats, c'est-à-dire cinq exemples de faits assimilés à des contrats : l'indivision, la gestion d'affaires, la tutelle ou curatelle, le paiement de l'indû, l'acceptation d'une disposition testamentaire (*Inst.*, L. III, t. XXVII, *De oblig. quasi ex cont.*) (3).

Le trait saillant dans tous ces cas, c'est le défaut de convention entre les parties. Il n'en faut pas moins observer que chacun de ces faits obligatoires est comme la figure d'un contrat déterminé. Ainsi l'indivision a de la ressemblance avec la société; la gestion d'affaires, la tutelle ou la curatelle ressemblent au mandat; le paiement de l'indû présente de grandes analogies avec le *mutuum*; enfin

(1) Les contrats innommés les plus importants en pratique étaient : l'échange (*permutatio*), le précaire (*precarium*), l'estimatoire (*æstimatum*), la transaction (*transactio*), et le partage amiable.

(2) Dans le droit français, un fait imposé par la loi ne peut jamais constituer un quasi-contrat (C. C., art. 1371).

(3) L'énumération des Institutes n'est certainement pas limitative, mais elle comprend évidemment les cas les plus pratiques et les plus importants où l'obligation peut naître *quasi ex contractu*.

l'acceptation d'une disposition testamentaire peut être comparée avec le contrat verbal.

Parmi les obligations quasi-contractuelles, il en est qui prennent naissance à la charge des incapables aussi bien que des capables; ce sont toutes celles qui ne supposent pas la volonté de l'obligé. On relèvera bientôt des applications de ce principe (L. 3, § 5, D., *De negot. gestis,* 3-5; L. 46, D., *De oblig. et act.*, 44-7).

Les effets de la tutelle ou curatelle, et les conséquences de l'acceptation d'une disposition testamentaire, appartiennent à des théories indépendantes et capitales qui ont été étudiées ailleurs.

L'indivision, la gestion d'affaires et la *solutio indebiti* trouvent seules leur place ici.

PREMIÈRE SECTION.

INDIVISION.

(*Inst.*, L. III, t. XXVII, §§ 3, 4.)

Il y a indivision (*communio*, *indivisio*) lorsqu'une même chose appartient à deux ou plusieurs personnes qui ont sur elles des droits identiques; on dit alors que la chose est commune et les divers ayant-droit s'appellent communistes ou copropriétaires.

Cet état se distingue de la société par des caractères qui nous sont déjà connus (*supra*, p. 184).

Causes de l'indivision. — L'indivision peut résulter de différentes causes; elle peut provenir d'un acte *mortis causa*, comme une succession échue à plusieurs héritiers ou un legs adressé conjointement à plusieurs légataires; elle peut également dériver d'un acte *inter vivos* comme une donation conjointe, une société ou un achat fait en commun.

En conséquence, elle s'applique tantôt à des objets particuliers, comme une maison, un esclave, tantôt à des universalités, comme une succession.

Effets de l'indivision. — Les effets de l'indivision sont uniformes dans tous les cas; elle tend au partage et produit pour chacun des communistes des droits et des obligations qu'il convient d'indiquer.

Droits des communistes. — Quoique la *res communis* appartienne

en pleine propriété à chacun des communistes, chacun d'eux a son droit restreint et comme limité par le droit rival et parallèle des autres. De là bien des difficultés de fait, qui ont rendu de tout temps le législateur peu favorable à l'indivision. Il y a longtemps qu'on dit avec raison *indivisio mater rixarum.*

1° Chacun des communistes a sans conteste le *jus utendi*, c'est-à-dire le droit d'user de la chose commune, sous la réserve du droit des autres copropriétaires (L. 5, § 15, D., *Commodati*, 13-6).

2° Chacun d'eux a également le *jus fruendi*, c'est-à-dire le droit de recueillir les fruits et produits quelconques de la chose commune, dans la mesure de sa copropriété.

3° Quant au *jus abutendi*, il n'est plus entier pour les communistes; chacun d'eux ne peut faire que les actes d'aliénation ou de disposition qui n'atteignent que son droit, mais ceux-là seulement. Par exemple, il est libre de vendre ou d'hypothéquer sa part indivise, mais il ne peut pas la grever d'une servitude prédiale (L. 7, § 13; L. 14, § 3, D., *Communi divid.*, 10-3; L. 2, D., *De servitut.*, 8-1) (1).

4° En vertu du principe ordinaire qui restreint entre les parties l'autorité de la chose jugée, un des communistes n'est pas censé représenter les autres en justice; en conséquence, ce qui est jugé pour ou contre lui n'est pas réputé jugé pour ou contre les autres. Cependant l'indivisibilité du droit en litige peut faire échec à cette règle; c'est notamment ce qui arrive à l'égard de l'action confessoire d'une servitude prédiale, on admet alors la maxime *victoria unius aliis prodest* (L. 25, § 8, D., *Famil. ercisc.*, 10-2; L. 4, § 3, D., *Si servitus vindicetur*, 8-5).

Obligations des communistes. — L'indivision en sa qualité de quasi-contrat engendre aussi plusieurs obligations pour chacun des copropriétaires.

1° Chaque copropriétaire doit en effet administrer la chose commune, faire tous les actes nécessaires ou d'entretien et rendre compte à ses communistes des fruits ou produits qu'il aurait perçus au delà de sa part (L. 11, D., *Com. divid.*, 10-3. — *Inst.*, L. III, t. XXVII, *De oblig. quasi ex cont.*, § 3).

2° Il doit aussi indemniser ses copropriétaires des dépenses qu'ils

(1) L'impossibilité pour le communiste de grever le fonds commun d'une servitude prédiale tient au caractère indivisible de la servitude qui, par sa nature même, porte sur le fonds tout entier.

ont faites sur la chose commune. Mais pour que ce remboursement soit obligatoire, il faut ou que les impenses soient jugées nécessaires ou, si elles sont simplement utiles, qu'elles aient été faites sans l'opposition des autres communistes. On assimile aux dépenses les obligations qui auraient été contractées dans l'intérêt de la chose commune (L. 18, § 1, D., *Famil. ercisc.*, 10-2; L. 11; L. 12; L. 22, D., *Com. divid.*, 10-3).

3º Enfin, chaque communiste doit s'abstenir de tous actes quelconques qui seraient de nature à porter atteinte au droit des autres copropriétaires; il est à ce point de vue responsable de son dol et de la *culpa levis in concreto*, c'est-à-dire des fautes qu'il ne commettrait pas dans la gestion de ses propres affaires. On ne lui applique pas les règles ordinaires sur la *culpa levis in abstracto*, parce que sa situation lui donne comme à l'associé intérêt et qualité pour administrer (L. 25, § 16, D., *Famil. ercisc.*, 10-2. — *Inst.*, L. III, t. XXVII, *De oblig. quasi ex cont.*, § 3).

Ces différentes obligations trouvent leur sanction dans les actions *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo* dont il sera parlé plus tard.

Cessation de l'indivision. — Partage. — L'indivision cesse par le partage ou par tout acte équivalent. Le partage est donc une conséquence nécessaire et inévitable de toute indivision; chacun des communistes a dès lors le droit de provoquer le partage et l'obligation de le subir. Ce droit est tellement essentiel que toute convention par laquelle les communistes conviendraient qu'ils resteront perpétuellement dans l'indivision serait radicalement nulle, le *pactum ne dividatur* est interdit; tout au plus pourraient-ils différer le partage jusqu'à l'arrivée d'un terme préfix, c'est ce qu'on appelle le *pactum ne dividatur intra certum tempus* (L. 43, D., *Fam. ercis.*, 10-2; L. 8; L. 14, § 2, D., *Com. divid.*, 10-3. — L. 5, C., *Com. divid.*, 3-37. — Conf., C. C., art. 815) (1).

Le partage peut s'exécuter judiciairement ou amiablement. Il s'exécutera judiciairement quand les communistes ne seront pas tous d'accord; on intentera alors l'action *familiæ erciscundæ* si l'indivision a sa source dans une succession, ou l'action *communi dividundo* en toute autre hypothèse. Ces deux actions seront étudiées

(1) Il est à remarquer que l'acquéreur du communiste, quoique ayant-cause à titre particulier, serait tenu de respecter le *pactum ne dividatur intra certum tempus* consenti par son auteur (L. 14, § 3, D., *Com. divid.*, 10-3).

en détail sur la théorie particulière des actions; qu'il nous suffise de dire ici qu'elles impliquent l'une et l'autre pour le juge le droit de faire l'*adjudicatio*, c'est-à-dire d'attribuer la propriété de certaines parts divises aux différents copropriétaires. L'*adjudicatio* fait ainsi cesser l'indivision de plein droit, si le *judicium* est *legitimum*, *exceptionis ope*, s'il est *imperio continens* (F. V., § 47. — L. 44, § 1, D., *Fam. ercisc.*, 10-2).

Le partage peut aussi être *amiable* et en ce cas il faut éviter de confondre la convention de partage, le contrat de partage et le partage lui-même. La convention de partage n'est que le pacte par lequel les intéressés conviennent qu'ils feront cesser l'indivision; cette convention est par elle-même dénuée de tout effet, elle ne produit aucune obligation. Le contrat prend naissance dès que la convention de partage à été exécutée au moins par l'une des parties, il engendre l'action *præscriptis verbis*. Quant au partage, il résulte de la pleine exécution donnée au contrat et de l'emploi des divers modes d'acquérir qui nous sont connus (L. 45, D., *De pactis*, 2-14).

DEUXIÈME SECTION.

GESTION D'AFFAIRES.

(*Inst.*, L. III, t. XXVII, § 1.)

La gestion d'affaires (*negotiorum gestio*) est l'acte ou la série d'actes qu'une personne applique au patrimoine d'autrui, sans mandat exprès ni tacite du maître et dans l'intention de l'obliger.

La personne qui s'immisce dans les affaires d'autrui s'appelle gérant d'affaires, *negotiorum gestor*; celui dont on gère le patrimoine se nomme maître de la chose gérée, *dominus rei gestæ* ou simplement *dominus* (Conf., C. C., art. 1372-1375).

§ I.

Éléments constitutifs de la gestion d'affaires.

Trois conditions sont indispensables pour la formation du quasi-contrat de gestion d'affaires. Il est nécessaire d'abord que les actes de gestion portent sur le patrimoine d'autrui; il faut en second lieu

que le *negotiorum gestor* ait agi sans le consentement du maître; il faut enfin que le gérant ait eu l'intention de rendre service et d'obliger.

1° *Actes relatifs au patrimoine d'autrui.* — Il faut des actes de gestion relatifs au patrimoine d'autrui. Si donc j'agis pour mon compte en croyant agir pour le vôtre, je ne suis pas *negotiorum gestor* et le quasi-contrat de gestion d'affaires ne se forme pas (L. 6, § 4, D., *De negotiis gestis*, 3-5).

Si l'acte de gestion porte une chose indivise entre le gérant et un tiers, les textes distinguent suivant que l'acte était ou non divisible; dans le premier cas, il y aura gestion d'affaires, dans le second cas, on appliquera les règles de l'indivision et de l'action *communi dividundo* (L. 6, §§ 2, 7, D., *Communi dividundo*, 10-3).

2° *Défaut de consentement du maître.* — Il faut que le maître ait ignoré ou n'ait pu empêcher la gestion, en d'autres termes qu'elle ait eu lieu sans son consentement; sinon il y aurait un mandat exprès ou tacite (L. 60, D., *De regulis juris*, 50-17) (1).

Puisque la *negotiorum gestio* n'exige pas la volonté du *dominus*, elle peut s'appliquer aux affaires d'une hérédité jacente, d'un fou, d'un pupille. Le troisième de ces cas se dédouble : 1° tantôt la gestion intervient dans l'intérêt du tuteur, pour le préserver d'une responsabilité encourue par sa faute; elle produit alors ses effets ordinaires; 2° tantôt elle intervient, au contraire, dans l'intérêt du pupille; elle ne l'oblige alors que jusqu'à concurrence de son enrichissement, bien qu'elle n'implique nul consentement de sa part, c'est que le gérant s'est rendu coupable d'imprudence en n'appelant pas le tuteur (L. 3, § 5; L. 21, § 1; L. 37, pr., D., *De negot. gestis*, 3-5).

Lorsque le maître ratifie la gestion d'affaires, se transforme-t-elle en mandat? Les jurisconsultes romains ne paraissent pas d'accord sur ce point. On concilie cependant sans grande peine les textes divergents, si l'on admet que la ratification émanée du maître n'a d'effet qu'à son égard; en conséquence, la *negotiorum gestor* ne sera passible que de l'action de gestion d'affaires, mais il aura le choix contre le maître entre cette action et celle du mandat. La seule importance pratique de la ratification, c'est de rendre désormais

(1) Dans notre droit français, l'art. 1372 pose une règle différente, car il ne voit pas un mandat dans toute gestion connue du propriétaire.

indiscutable l'utilité des actes du gérant (L. 9, D., *De negotiis gestis*, 3-5; L. 60, D., *De regulis juris*, 50-17).

Enfin le quasi-contrat de gestion d'affaires se forme-t-il malgré l'opposition formelle du maître? La question est uniquement de savoir si le gérant devient créancier; car personne ne conteste qu'il soit débiteur et tenu de l'*actio negotiorum gestorum directa*. Réduite à ces termes, la difficulté a été tranchée à propos du fidéjusseur; une doctrine qui triompha sans doute avant le règne de Justinien, et que ce prince consacre d'ailleurs en termes formels, refuse toute action au gérant, pour les actes qu'il a faits depuis la signification, par écrit ou devant témoins, de l'opposition du maître (L. 8, § 3, D., *De negotiis gestis*, 3-5; L. 40, D., *Mandati*, 17-1. — L. 24, C., *De negotiis gestis*, 2-19).

3° *Double intention de rendre service et d'obliger.* — Il faut enfin que le gérant ait agi dans la double intention de rendre service au maître et de l'obliger.

N'est donc pas *negotiorum gestor* quiconque intervient pour faire une libéralité ou pour accomplir un devoir. Par exemple, en fournissant des aliments à mes parents, je n'acquiers pas l'action de gestion d'affaires contre les personnes plus spécialement soumises à cette obligation alimentaire. En sens inverse, lorsqu'on s'immisce dans les affaires de quelqu'un, non pour lui rendre service, mais pour s'enrichir à ses dépens, *deprædandi causa*, on devient son débiteur sans devenir son créancier (L. 6, § 3; L. 27, § 1; L. 44, D., *De negotiis gestis*, 3-5).

Si le gérant d'affaires s'est trompé sur l'identité du maître ou s'est par erreur considéré comme son mandataire, la double intention de rendre service et d'obliger existe quand même, et l'on doit lui accorder l'action de gestion d'affaires, tout au moins à titre d'action utile (L. 3, pr., § 1; L. 45, § 2, D., *De negot. gestis*, 3-5).

Mais supposons qu'il ait cru faire sa propre affaire; alors, dans l'opinion qui a prévalu, il n'est pas *negotiorum gestor*; aucune action ne lui est ouverte, et l'exception de dol sera son unique moyen de recouvrer les dépenses faites sur la chose, s'il est encore possesseur. Quant au maître, il pourra toujours reprendre au gérant son profit par une *condictio sine causa* fondée sur le principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (L. 14, § 1, D., *Communi divid.*, 10-3; L. 23, D., *De rebus creditis*, 12-1; L. 206, D., *De reg. juris*, 50-17).

Le pupille ne saurait, par une gestion d'affaires entreprise *sine auctoritate tutoris*, s'obliger au delà de ce qu'il en a retiré. Toutefois s'il voulait invoquer sa créance de gérant, sa dette lui serait opposable tout entière par compensation; car on ne doit pas appliquer rigoureusement les principes au maître, qui n'a aucune faute à se reprocher puisqu'il n'a pas traité avec le pupille (L. 3, § 4, D., *De negot. gestis*, 3-5).

§ II.

Effets de la gestion d'affaires.

Les conséquences de la gestion d'affaires sont assez analogues à celles du mandat. Comme le mandat, elle produit deux actions civiles et de bonne foi; contre le gérant, l'*actio directa*, et contre le maître l'*actio contraria negotiorum gestorum*.

Obligations du negotiorum gestor. — Les obligations du gérant proviennent de son immixtion volontaire dans les affaires d'autrui, et se justifient par la nécessité de protéger les biens des absents. Ces obligations sont au nombre de trois principales; elles sont sanctionnées par l'action *negotiorum gestorum directa* qui n'est pas infamante comme l'action *mandati directa*.

1° Le gérant doit indemniser le maître du préjudice qu'il a pu lui causer par dol ou par une faute quelconque; car il fut toujours responsable, plutôt même que le mandataire, de sa *culpa levis in abstracto*. Cependant il n'est tenu que de son dol, lorsque des besoins urgents ont nécessité son intervention. En revanche, les cas fortuits eux-mêmes sont à sa charge, quand il hasarde imprudemment des affaires étrangères aux habitudes du maître (L. 3, § 9; L. 11, D., *De neg. gestis*, 3-5. — *Inst.*, L. III, t. XXVII, *De oblig. quasi ex cont.*, § 1. — Conf., C. C., art. 1374).

2° Il doit terminer l'affaire qu'il a commencée, et la mort même du maître ne l'en dispense pas, à la différence du mandataire (L. 21, § 2, D., *De negot. gestis*, 3-5. — Conf., C. C., art. 1373).

3° Il doit enfin rendre compte de sa gestion et transmettre au *dominus*, comme le ferait un mandataire, tous les bénéfices qu'elle a pu lui procurer (*Inst.*, L. III, t. XXVII, *De oblig. quasi ex cont.*, § 1. — Conf., C. C., art. 1372).

Obligations du dominus. — Les obligations qui pèsent sur

le maître de la chose gérée s'expliquent à la fois par l'intérêt social et par l'intérêt privé; personne en effet n'aurait voulu se charger des intérêts d'un absent, si la loi n'eût assuré le recouvrement des avances raisonnablement faites dans ce but (*Inst.*, L. III, t. XXVII, *De oblig. quasi ex cont.*, § 1, *in medio*).

1° Le maître doit rembourser au gérant toute ses dépenses utiles, c'est-à-dire qu'il doit l'indemniser dans la mesure où ces impenses ont constitué des actes de bonne administration. L'utilité s'apprécie d'ailleurs au moment même des dépenses, sans tenir compte des événements postérieurs qui ont pu les rendre infructueuses. Le *dominus* est donc traité moins sévèrement que le mandant, qui rembourse toutes les dépenses conformes au mandat, abstraction faite de leur utilité (L. 10, § 1; L. 25, D., *De negotiis gestis*, 3-5).

2° Le maître doit encore acquitter lui-même ou du moins prendre à sa charge toutes les obligations qui ont été utilement contractées par le *negotiorum gestor* (L. 45, D., *De negot. gestis*, 3-5. — Conf., C. C., art. 1375).

Cette double obligation est sanctionnée par l'action *negotiorum gestorum contraria*.

Effets de la gestion d'affaires à l'égard des tiers. — Le gérant d'affaires qui traite avec les tiers devient seul débiteur ou créancier et le *dominus* reste complètement étranger aux opérations juridiques conclues par le *gestor;* on applique le principe de la non-représentation.

Cependant, il est permis de penser que les tiers qui ont traité avec le gérant se trouvent, envers le maître, investis ou passibles des actions utiles de gestion d'affaires, dans tous les cas où le voudraient les principes connus du mandat (*supra*, p. 204).

TROISIÈME SECTION.

PAIEMENT DE L'INDÛ.

(*Inst.*, L. III, t. XXVII, §§ 6, 7.)

On appelle paiement de l'indû (*solutio indebiti*) toute prestation réalisée dans le but d'éteindre une dette qui n'existe pas, ou qui existe envers un tiers, ou qui porte sur un autre objet.

La réception de l'*indebitum* oblige l'*accipiens* à restituer au *sol-*

vens ce qu'il a reçu; il est à cet égard passible d'une action personnelle et *stricti juris* qu'on appelle la *condictio indebiti* (Conf., C. C., art. 1376-1381).

§ I.

Conditions de la répétition de l'indû.

Trois conditions sont requises pour que la répétition de l'indû soit possible : 1° le *solvens* doit avoir payé l'*indebitum* ; 2° le paiement doit avoir été fait par erreur; 3° la dette que le *solvens* a voulu éteindre ne doit pas être de celles qui entraînent une condamnation au double *ex inficiatione*.

1° **Indû.** — Il faut que le *tradens* ait payé l'indû. Qu'est-ce que l'indû ? On sait déjà qu'à ce point de vue, le terme et la condition ont un effet différent. Qui paie avant terme ne paie que ce qu'il doit; au contraire, le paiement fait *pendente conditione* donne lieu à répétition, tant que la condition n'est pas accomplie (*supra*, p. 58).

Mais l'explication précise et technique de l'*indebitum* appelle deux observations générales.

En premier lieu, n'est pas nécessairement indû ce qui n'est pas exigible au moyen d'une action; car une simple obligation naturelle fait obstacle à la *condictio indebiti*. Par exemple, on n'est pas admis à répéter ce qu'on a payé en vertu d'un pacte nu (L. 26, § 12; L. 51, D., *De cond. indeb.*, 12-6. — Conf., C. C., art. 1235).

En sens inverse, est quelquefois indû ce que le droit civil permet de réclamer au moyen d'une action; car le débiteur régulièrement actionné se trouve souvent protégé par une exception. Alors de deux choses l'une : tantôt il ne s'agit que d'une exception temporaire, c'est alors comme si l'on devait à terme, et l'on ne peut répéter ce qu'on paie; tantôt il s'agit d'une exception perpétuelle; la *condictio indebiti* est alors accordée en règle générale, parce qu'un droit perpétuellement paralysé n'a pas d'existence réelle. *Qui tutus est exceptione perpetua condicere potest* (F. V., § 266. — L. 10; L. 26, §§ 3, 7, D., *De cond. indeb.*, 12-6) (1).

(1) Ce principe n'est pas appliqué dans les hypothèses, d'ailleurs assez rares, où l'exception perpétuelle est admise en haine du créancier plutôt qu'en faveur du débiteur; telle est l'exception du sénatusconsulte Macédonien. Dans ce cas,

En définitive, la question de l'indû se résout d'après l'équité; on paie l'indû, lorsqu'on n'est tenu, ni d'une obligation naturelle, ni d'une obligation reconnue par le droit civil et pure de toute exception perpétuelle. Tel est le principe admis par Tryphoninus : *debiti vel non debiti ratio, in condictione naturaliter intelligenda est* (L. 64, D., *De cond. indeb.*, 12-6).

2° **Erreur.** — Il faut que le paiement de l'indû ait eu lieu par erreur, c'est-à-dire pour éteindre une dette dont le *tradens* se croyait tenu. Dans le cas contraire, l'opération constituerait le plus souvent une donation, quelquefois une *datio in solutum* ou même une gestion d'affaire (L. 53, D., *De regulis juris*, 50-17).

Une question assez délicate à résoudre est celle de savoir si l'erreur qui sert de fondement à la répétition de l'indû est l'erreur de fait ou l'erreur de droit? Les textes sont en désaccord sur ce point, bien qu'une telle distinction ne paraisse pas mériter d'importance dans une action fondée sur l'équité. La vérité probable, c'est qu'en principe l'erreur de droit engendre la répétition de l'indû, comme l'erreur de fait. Par exception néanmoins si le réclamant veut récupérer un gain dont il s'est privé en payant, l'erreur de droit ne l'autorise pas à répéter; par exemple, l'héritier qui n'a pas retenu la quarte Falcidie sur les legs ne pourra la réclamer par la *condictio indebiti* qu'en établissant une erreur de fait; *juris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet* (L. 38, § 1; L. 43, D., *De cond. indeb.*, 12-6; L. 7; L. 8; L. 9, D., *De juris et facti ignor.*, 22-6. — L. 10, C., *De juris et facti ign.*, 1-18. — *Inst.*, L. III, t. XXVII, *De oblig. quasi ex cont.*, § 6) (1).

Du reste, l'erreur quelconque n'est prise en considération qu'à la condition d'être excusable; *nec stultis, sed errantibus succurri solet.* Elle doit aussi se référer au passé; ainsi le locataire qui a payé à l'avance ses loyers futurs, et qui est ensuite privé fortuitement de la jouissance de la chose, les recouvrera par l'action *conducti* et non par la *condictio indebiti* (L. 19, § 6, D., *Locati conducti*, 19-2; L. 9, §§ 2, 3, D., *De juris et facti ignor.*, 22-6).

3° **Dette non susceptible de croître au double.** — Il faut enfin que la dette payée par erreur ne soit pas une de celles qui

le débiteur reste alors tenu d'une obligation naturelle (L. 40, pr., D., *De cond. indeb.*, 12-6; L. 66, D., *De reg. juris*, 50-17).

(1) C'est dans le même sens que l'usucapion ne peut se contenter d'une bonne foi qui reposerait sur une erreur de droit (L. 4, D., *De juris et facti ign.*, 22-6).

entraînent condamnation au double contre le défendeur, s'il les a niées sans succès. Quelles sont-elles? Les Institutes répondront plus tard à cette question. Pour le moment, il suffira d'en constater le petit nombre, ce qui atténue singulièrement l'importance de cette troisième condition; on peut citer à titre d'exemple : l'action *judicati*, l'action *legis Aquiliæ* et la *condictio ex testamento* dans certaines hypothèses (*Inst.*, L. III, t. XXVII, *De oblig. quasi ex cont.*, § 7).

Il est d'ailleurs assez difficile, pour ne pas dire impossible, de rendre compte de cette règle; on prétend généralement qu'elle repose sur l'idée d'une transaction tacite. Le débiteur qui se croit exposé à une condamnation au double paie, dit-on, pour éviter une sentence rigoureuse, il ne doit donc pas pouvoir répéter. Cette explication est inadmissible, parce que la transaction n'est pas valable à l'égard de ces dettes *quæ crescunt in duplum per inficiationem* (*Paul*, S., L. I, t. XIX, § 2).

§ II.

Des parties et de la preuve dans la solutio indebiti.

Parties. — En principe, la répétition de l'indû appartient à l'auteur de la prestation, contre la personne qui l'a reçue.

Si le *tradens* ou l'*accipiens* est un représentant, soit légal, comme le tuteur ou curateur, soit conventionnel, comme le mandataire, c'est le mandant qui est investi ou passible de la *condictio*. Il en serait autrement dans le cas où le mandat n'aurait pas compris le pouvoir de faire ou de recevoir le paiement; le mandataire jouerait alors le rôle d'un gérant d'affaires, et devrait exercer ou subir lui-même la répétition (L. 6, § 9, D., *De negotiis gestis*, 3-5; L. 6, pr., §§ 1, 2, 3; L. 57, § 1, D., *De condict. indebiti*, 12-6) (1).

Preuve. — La *condictio indebiti* suppose une triple preuve à faire : 1° il faut d'abord prouver le fait du paiement; la charge en revient toujours au demandeur, conformément aux principes généraux; 2° il faut ensuite prouver l'inexistence de la dette; c'est en-

(1) Si le *tradens* qui a fait le paiement de l'indû était un incapable, par exemple un pupille ayant agi sans l'*auctoritas* de son tuteur, la répétition s'exercerait soit par la revendication, soit par une *condictio sine causa* dont les conditions et les effets la distinguent de la *condictio indebiti* (L. 14, § 8, D., *De solut.*, 46-3).

core au demandeur qu'incombe ce soin. Exceptionnellement, le défendeur a l'obligation de démontrer qu'il était bien créancier dans deux cas; lorsqu'il a commencé par nier le fait du paiement, ou lorsque le demandeur est un pupille, un mineur, une femme, un soldat, un paysan, c'est-à-dire une personne *forensium rerum expers;* 3° il faut enfin prouver l'erreur; peut-être la *justa causa ignorantiæ* doit-elle être établie par le demandeur pour l'erreur de droit, et présumée pour l'erreur de fait (L. 25, pr., § 1, D., *De probationibus,* 22-3).

§ III.

Effets de la solutio indebiti.

On distingue deux hypothèses, suivant que la *solutio indebiti* constitue ou ne constitue pas un *furtum.*

1° La réception de l'indû constitue parfois un vol. C'est lorsque l'*indebitum* est un meuble corporel, et que l'*accipiens* le reçoit de mauvaise foi avec l'intention de se l'approprier personnellement. Dans ce cas, la *condictio indebiti* fait place aux actions qu'engendre le *furtum* (L. 18, D., *De cond. furtiva,* 13-1; L. 43; L. 86, § 6, D., *De furtis,* 47-2).

2° Dans tout autre cas, la *solutio indebiti* engendre simplement une action personnelle et *stricti juris,* la *condictio indebiti* dont les effets s'apprécient d'une manière différente suivant la bonne ou mauvaise foi du défendeur.

Etait-il de mauvaise foi lors du paiement, il doit alors restituer au demandeur le capital reçu, c'est-à-dire la chose elle-même, ou pareille quantité de choses fongibles. Si la prestation consistait dans un fait juridique, tel qu'une acceptilation, il doit l'anéantir par un acte contraire; si le fait était irrévocable, comme un voyage, un travail matériel, il doit en payer l'estimation pécuniaire. Bref, il est tenu de rétablir autant que possible l'état de choses antérieur. En outre, avec le capital, force lui est de livrer les accessoires produits entre ses mains, tels que les fruits, les acquisitions de l'esclave, etc. Seuls, les intérêts ne sont point dus au demandeur, parce que la *condictio indebiti* est de droit strict (L. 15, pr., § 1; L. 31; L. 39, D., *De cond. indeb.,* 12-6. — L. 1, C., *De cond. indeb.,* 4-5. — Conf., C. C., art. 1378, 1379, 1381).

Le défendeur a-t-il été de bonne foi lors du paiement, et l'est-il resté jusqu'à la demande, sa dette et sa condamnation ne dépassent pas alors son enrichissement; car l'erreur qu'il a commise est plus excusable que celle du *tradens;* ainsi, a-t-il aliéné la chose à titre onéreux, il sera libéré en rendant le prix; a-t-il aliéné à titre gratuit, il sera affranchi de toute restitution (L. 26, § 12; L. 65, § 8, D., *De cond. indeb.*, 12-6. — Conf., C. C., art. 1380).

Enfin le défendeur, de bonne foi lors du paiement, est-il devenu de mauvaise foi plus tard? on appliquera proportionnellement les deux règles précédentes.

Comparaison de la solutio indebiti et du mutuum. — Les Institutes rapprochent à deux reprises le *mutuum* et la *solutio indebiti*, pour constater les ressemblances de ce contrat et de ce quasi-contrat (*Inst.*, L. III, t. XIV, *Quibus modis re.*, § 1; L. III, t. XXVII, *De oblig. quasi ex cont.*, § 6).

Ces deux opérations juridiques présentent, en effet, une grande analogie; l'une et l'autre produisent une *condictio;* l'une et l'autre mettent *in causa usucapiendi*, quand la tradition porte sur la chose d'autrui, et n'obligent dans ce cas à restituer *interim* au *tradens* que la possession. L'une et l'autre font une situation identique aux incapables qui par hasard y figurent, pupilles, fous, prodigues interdits; cette situation qui nous est connue, nous amène à reconnaître, avec Justinien, que l'incapable n'est jamais investi ni tenu de la *condictio indebiti* ou de la *condictio ex mutuo*, mais seulement d'une *condictio sine causa* ordinaire. Celle-ci ne se restreint pas au profit qu'a pu réaliser l'*accipiens*, et comprend au contraire toute la valeur aliénée par l'incapable (*Gaius*, III, 91. — L. 14, § 8, D., *De solut.*, 46-3. — *Inst.*, L. III, t. XIV, *Quibus modis re.*, § 1. — *Voir* t. I, p. 237).

Malgré ces ressemblances, on peut au moins signaler deux différences essentielles entre le *mutuum* et le paiement de l'indû. D'abord, le *mutuum* ne s'applique qu'aux choses fongibles et suppose toujours une *datio* tandis que la *solutio indebiti* peut s'appliquer à des corps certains et ne suppose pas toujours une translation de propriété. Ensuite, la *condictio ex mutuo* est toujours *certa* tandis que la *condictio indebiti* est souvent *incerta* (1).

(1) Il est une autre action qui se rapproche beaucoup de la *condictio indebiti*, c'est la *condictio ob turpem causam;* elle se donne en principe au *tradens* pour lui permettre de reprendre ce qui a été donné à la suite d'une convention illicite ou

CHAPITRE XIX.

THÉORIE DES FAUTES DANS LES CONTRATS ET QUASI-CONTRATS.

La faute (*lato sensu*) est la violation d'un droit reconnu et garanti par la loi. Mais elle ne présente pas toujours les mêmes caractères et n'engendre pas toujours les mêmes effets; on doit distinguer suivant qu'elle se produit entre personnes unies entre elles par les liens d'une obligation contractuelle et quasi-contractuelle, ou suivant qu'elle se produit entre deux personnes juridiquement étrangères l'une à l'autre.

Entre personnes qui ne sont pas unies par un lien préexistant de créance et de dette, la faute ne saurait consister que dans un acte illicite, dans la violation positive d'un droit pécuniaire ou d'une faculté essentielle, dans une atteinte aux biens ou à la personne. On entre ici dans la matière des délits ou quasi-délits, où la faute est la source d'une obligation, au lieu d'en être la conséquence. C'est la faute aquilienne, plus exactement encore appelée *faute pénale*; elle implique nécessairement un fait actif, elle est *in committendo*, *in faciendo*.

Si l'on suppose, au contraire, qu'un débiteur, obligé en vertu d'un contrat ou quasi-contrat, n'exécute pas son obligation ou ne l'exécute qu'imparfaitement, et que cette inexécution totale ou partielle lui soit imputable, le créancier pourra alors réclamer la réparation du préjudice qui lui a été causé par l'action même du contrat ou du quasi-contrat. Ici, la faute est la conséquence d'une obligation, au lieu d'en être la source. C'est la *faute contractuelle*; elle n'implique pas nécessairement un fait actif et peut consister dans une simple omission ou négligence; elle est tantôt *in faciendo* ou *in committendo*, tantôt *in omittendo*.

La faute pénale et la faute contractuelle relèvent d'un principe commun; c'est que la responsabilité finit où commencent, soit le cas fortuit, soit la force majeure, à moins que le débiteur ne les ait lui-même provoqués ou qu'il ne les ait pris à sa charge (L. 6, C., *De pign. actione*, 4-24).

immorale, pourvu qu'il n'ait pas personnellement participé à cette convention (L. 2; L. 4, § 3; L. 8, D., *De cond. ob turp. caus.*, 12-5).

Mettons désormais de côté la faute pénale, qui nous occupera dans la théorie des délits et quasi-délits. Quant à la faute contractuelle, il n'y a d'intérêt à la séparer du cas fortuit qu'à propos des obligations qui portent sur un corps certain ou sur un fait; car si la chose due n'est déterminée que dans son genre, comme de l'argent ou des denrées, les risques incombent toujours au débiteur par application de la règle : *genera non pereunt.*

Terminologie. — Dans ces termes, la faute contractuelle qui s'accompagne de mauvaise foi reçoit le nom de *dolus.* Il y a dol toutes les fois que, par un fait actif ou passif, le débiteur contrevient *sciemment* aux obligations que le contrat lui impose.

En laissant le dol à part, la faute prend un sens plus étroit. On appelle *culpa* le fait ou l'omission qui exclut la mauvaise foi. Cette faute elle-même se subdivise en faute lourde et faute légère.

I. — La faute lourde (*culpa lata, magna, nimia, dolo proxima*) est l'étourderie grossière, la négligence extrême, l'irréflexion contraire au sens commun; tel est le cas d'une personne qui, débitrice de bijoux, les oublie sur la voie publique. Pour la caractériser, les jurisconsultes romains nous disent : *Lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt* (L. 213, § 2, D., *De verb. sign.*, 50-16).

Le droit perfectionné des deuxième et troisième siècles confond la faute lourde avec le dol en matière civile; c'est dans cette acception qu'on dit *culpa lata vicina doli* (L. 223; L. 226, D., *De verb. sign.*, 50-16).

II. — La faute légère ou proprement dite (*culpa levis*, plus souvent *culpa* sans qualification) est celle qui ne rentre pas dans la faute grave. Le caractère en paraît donc assez vague; elle est plus ou moins caractérisée, suivant qu'elle se rapproche plus ou moins de la *culpa lata* ou du cas fortuit.

Elle peut d'ailleurs s'apprécier de deux manières différentes, d'une manière absolue ou d'une manière relative. En se plaçant au point de vue absolu, on compare alors le débiteur au type abstrait du père de famille le plus diligent; tout acte que n'eût point commis cet administrateur idéal est imputé comme une faute au débiteur. Dans le langage des interprètes, il est dit répondre en cette hypothèse de la *culpa levis in abstracto*, locution étrangère aux textes latins, qui déclarent dans les mêmes cas le débiteur tenu de *præstare culpam et diligentiam*, ou *custodiam* pour les obligations de

corps certains. En se plaçant au contraire au point de vue relatif, on ne se préoccupe alors que des habitudes personnelles du débiteur, et sa faute consiste à rester au-dessous du soin qui lui est ordinaire dans la gestion de ses propres intérêts; il n'est dit répondre en cette hypothèse que de la *culpa levis in concreto*, idée que les Romains expriment sans employer des termes techniques ou des locutions consacrées (*Inst.*, L. III, t. XXV, *De societate*, § 9).

En principe, c'est le débiteur qui est obligé de prouver l'absence de fautes; en effet, il se prétend libéré, il oppose donc un moyen de défense; or, c'est au défendeur qu'incombe la nécessité de prouver ses moyens de défense et d'établir sa libération. Ce principe incontestable pour la *culpa levis* doit peut-être fléchir en ce qui concerne la *culpa lata*. Il est certain que le dol ne se présume jamais et que c'est au créancier qui l'invoque à le démontrer; en partant de là, on peut soutenir avec assez de raison que, la faute lourde devant être assimilée au dol, c'est encore au créancier que revient la tâche de la prouver en justice (L. 18, § 1, D., *De probat.*, 22-3) (1).

Principe commun à tous les contrats et quasi-contrats. — Un point constant, c'est que les parties peuvent étendre ou restreindre la responsabilité contractuelle du débiteur. Car les règles tracées en cette matière par la loi ne sont que des règles interprétatives de la volonté des contractants; or rien n'empêche de les aggraver par un pacte *in continenti*, ou de les adoucir par un pacte même *ex intervallo*; le pacte peut d'ailleurs n'être que tacite et s'induire des circonstances (L. 23, D., *De regulis juris*, 50-17).

Une seule clause est interdite, c'est de convenir qu'on ne répondra pas du dol futur; elle serait contraire à l'ordre public et frappée de nullité. Il faut probablement en dire autant de la convention qui déchargerait par avance le débiteur des conséquences de sa faute lourde; car si les textes sont muets à cet égard, on sait qu'en thèse générale la faute lourde équivaut au dol (L. 27, § 3, D., *De pactis*, 2-14).

Principes spéciaux aux obligations de bonne foi. — L'appréciation de la faute dépend ici d'une considération qu'on n'a pas assez remarquée. C'est qu'en toute action née d'une obligation de bonne foi, le juge doit statuer *ex æquo et bono*; par conséquent,

(1) La preuve de la faute aquilienne ou pénale est, au contraire, toujours à la charge de celui qui l'allègue.

les circonstances de l'espèce prévalent nécessairement sur une théorie quelconque. De plus, le droit romain n'offre sur ce point aucune doctrine symétrique; les grands jurisconsultes avaient trop profondément scruté la pratique de la vie civile, pour songer un seul instant à tracer des règles purement scientifiques, dont l'inflexible uniformité aurait souvent choqué les premières notions de la justice (1).

Dès lors, les principes devaient être mobiles, ce qui ressemble fort à dire qu'il n'y en avait pas. Il ne faut pas affirmer en effet, que la responsabilité du débiteur personnellement désintéressé dans le contrat ou quasi-contrat se restreint au dol et à la faute lourde; vraie du commodant et du dépositaire, cette règle serait fausse à l'égard du mandataire, du gérant d'affaires et du tuteur. Il ne faut pas affirmer non plus que la responsabilité du débiteur obligé dans son propre intérêt, ou même dans son intérêt exclusif, embrasse la *culpa levis in abstracto;* vraie du vendeur, du commodataire, du gagiste, etc., cette proposition serait fausse en ce qui concerne l'associé, le précariste, etc. (L. 8, §§ 3, 6, D., *De precario*, 43-26).

Mieux vaut procéder par énumération : 1° ne répondent que du dol et de la faute lourde le commodant, le dépositaire, le précariste et l'*agrimensor* salarié (L. 1, § 1, D., *Si mens. fals.*, 11-6); 2° répondent de la *culpa levis* tous les débiteurs obligés dans leur propre intérêt; si ce n'est le précariste et l'*agrimensor;* on apprécie la faute *in concreto* à l'égard de l'associé, du communiste, de l'acquéreur *fiduciæ causa*, du mari tenu de l'action en restitution de la dot. On l'apprécie *in abstracto* dans tous les autres cas, notamment à l'égard du vendeur, du commodataire, du gagiste, du locataire, du débiteur tenu en vertu d'un contrat innommé et même, dans le droit classique, du mandataire, du gérant d'affaires, du tuteur ou

(1) La plupart des anciens interprètes avaient cependant imaginé une sorte de théorie dite des trois fautes dont l'inexactitude est aujourd'hui démontrée et que le Code civil a pris soin de répudier (C. C., art. 1137). Ils distinguaient trois degrés de faute : la *culpa lata*, la *culpa levis* et la *culpa levissima*. Le débiteur répondait de la première quand il n'avait aucun intérêt dans le contrat; il répondait de la *culpa levis* quand le contrat intéressait les deux parties; enfin, il était tenu de la *culpa levissima* quand le contrat était intervenu dans son intérêt exclusif. Ce système complètement abandonné aujourd'hui est trop symétrique, trop méthodique pour avoir été celui du droit romain; il est en outre expressément condamné par les textes (L. 3, D., *De periculo et comm. rei vend.*, 18-6; L. 9, D., *Pro socio*, 17-2. — Pothier, *Obligations*, nos 142 et s.).

curateur, bien que ces personnes rendent un service gratuit (L. 5, § 1, D., *De præscriptis verbis*, 19-5; L. 17, pr., D., *De jure dotium*, 22-3. — *Coll. leg. Mosaic.*, t. X, ch. 2, § 2. — Conf., C. C., art. 1137).

Ces diverses décisions se justifient par des motifs particuliers à chaque sorte d'opérations, et suffisamment expliqués en leur temps. Elles s'appliquent dans les contrats de bonne foi à la faute *in omittendo* comme à la faute *in committendo* (Loi *Contractus*, L. 23, D., *De regulis juris*, 50-17).

Principes spéciaux aux obligations de droit strict. — La question des fautes ne se pose pas à propos de toutes les sources d'obligations *stricti juris;* par exemple, elle ne saurait exister ni dans le *mutuum* ni dans le contrat *litteris*, puisqu'ils ont l'un et l'autre pour objet une chose de genre. Il suffira de parler de la responsabilité du débiteur tenu en vertu d'une stipulation ou d'un testament.

Stipulation. — Supposons d'abord une stipulation de donner un corps certain ou de faire et demandons-nous quelle est la responsabilité du *promissor*.

1° Dans la stipulation de donner, le débiteur ne répond pas de ses omissions ou négligences, fussent-elles dolosives; il n'est tenu que du dol ou de la faute qu'il commet *in faciendo*, encore même à la condition qu'il se sera mis ainsi dans l'impossibilité de transférer la propriété au créancier, ou de la lui transférer pleine et entière. Ainsi, quand je laisse mourir l'esclave que j'ai promis, je suis libéré; car je ne devais pas de soins. De même, quand je le livre empoisonné, je suis libéré; car je ne devais que la propriété au créancier, et je la lui donne (1). Mais si je tue cet esclave, ou si je l'affranchis, ou si je le grève d'usufruit ou d'hypothèque, je réponds de mon acte; car je prive le créancier de la propriété, ou je la lui procure amoindrie (L. 7, § 3, D., *De dolo malo*, 4-3; L. 91, pr., D., *De verb. oblig.*, 45-1; L. 20, 27, D., *De solut.*, 46-3).

2° Quand la stipulation porte sur un *facere*, le débiteur n'est libéré qu'en justifiant d'un cas fortuit qui rend l'exécution impossible; cette règle veut dire que le *promissor* répond dans ce cas, non-seulement de son dol mais encore de sa faute légère

(1) Dans tous ces cas, le créancier aurait au moins les ressources que lui offre le droit commun, il pourrait intenter ou l'action ordinaire de dol ou l'action *in factum* qui la remplace.

appréciée *in abstracto* (L. 137, §§ 2, 3, D., *De verb. oblig.*, 45-1).

Testament. — Pour les obligations nées d'un testament, la doctrine n'a plus la même rigueur. La personne grevée d'un legs ou d'un fidéicommis ne supporte les suites de sa *culpa levis in abstracto* que lorsqu'un bénéfice doit lui rester de la disposition testamentaire; dans l'hypothèse contraire, elle n'est tenue que de son dol et de sa faute lourde (L. 46, §§ 4-6; L. 108, § 12, D., *De legatis*, 1°, 30).

Le testament peut d'ailleurs modifier ces règles sans pouvoir effacer toutefois la responsabilité dérivant du dol. Du reste, le légataire, ainsi que nous l'avons vu, peut dans certains cas réclamer la *cautio legatorum* aux héritiers ou autres débiteurs du legs (L. 72, § 3, D., *De cond. et dem.*, 35-1. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 16).

CHAPITRE XX.

TROISIÈME SOURCE DES OBLIGATIONS.
DÉLITS.

(*Inst.*, L. IV, t. II, III, IV.)

Les faits qualifiés de délits et de quasi-délits, et qui forment la troisième et la quatrième sources des obligations, se distinguent nettement des contrats et des quasi-contrats par leur nature illicite. Les Romains ont-ils imaginé de même un critérium pour discerner le délit du quasi-délit? Dans notre droit français, le délit se caractérise par l'intention de nuire, et le quasi-délit par la simple faute (Conf., C. C., art. 1382-1386).

Rien de pareil à Rome; car le *damnum legis Aquiliæ*, intentionnel ou non, constitue toujours un délit, et le juge qui rend sciemment une sentence injuste ne commet jamais qu'un quasi-délit. Les Romains n'établissent donc entre le délit et le quasi-délit aucune distinction philosophique ou morale. S'ils en ont fait une, peut-être la faut-il chercher au point de vue historique; on appellerait alors délits tous les faits illicites et dommageables qu'avait spécialement prévus et nommés l'ancienne loi civile, et l'on réserverait le titre de quasi-délits aux faits illicites et dommageables que la jurisprudence postérieure ou prétorienne avait détachés des types primitifs, pour y appliquer une sanction particulière. Ce qui paraît d'ailleurs

incontestable, c'est que cette distinction n'offre aucun intérêt pratique.

Les délits et les quasi-délits présentent trois caractères généraux qui les distinguent clairement des contrats et des quasi-contrats.

1° Les délits et quasi-délits sont tous des faits illicites et préjudiciables; aussi sont-ils tous sanctionnés par une action pénale (*actio pœnæ persecutoria*). Cette action est tantôt séparée de l'action en réparation du dommage, *actio rei persecutoria*, tantôt confondue dans la même instance judiciaire, mais toujours distincte par son but, qui est d'enrichir le demandeur en appauvrissant le défendeur. Elle poursuit donc une véritable amende; seulement cette amende est attribuée à la victime du fait illicite, et se réclame d'après les règles et dans les formes de la procédure ordinaire. Cette action pénale est donc essentiellement civile.

Autrement dit, les délits et quasi-délits dont l'étude s'ouvre en ce moment sont de l'ordre privé; on les appelle *delicta privata*.

Une différence profonde les sépare d'autres faits illicites qui forment l'objet du droit criminel; ces derniers, appelés en général *crimina*, donnent lieu à des poursuites intentées suivant une procédure spéciale, devant des juridictions particulières, et dont les résultats, peines corporelles ou autres, ne profitent pas à la partie lésée. Bref les délits ou quasi-délits civils engendrent des *judicia privata*, comme un simple contrat; les infractions pénales engendrent des *judicia publica*, tout à fait étrangers à notre plan (*Inst.*, L. IV, t. XVIII, *De publicis judiciis*) (1).

2° En matière de délits et de quasi-délits, la capacité de s'obliger s'entend d'une manière beaucoup plus large que dans les contrats et quasi-contrats. En effet, les seules personnes incapables de s'obliger par leurs délits ou quasi-délits sont celles qui sont irresponsables de leurs actes, c'est-à-dire les fous dans leurs intervalles non lucides, et les *infantes* ou les *infantiæ proximi*. Toutes les autres incapacités signalées à propos des contrats ou des quasi-contrats disparaissent ici; car elles sont plus ou moins artificielles, et fléchissent devant le principe de droit naturel qui met à la charge de chacun son dol ou sa faute. Ainsi les esclaves, l'impubère *doli capax* ou *puberbati proximus*, les prodigues interdits, et dans le

(1) Un fait illicite peut donc constituer ou un délit public ou un délit privé; il peut aussi impliquer à la fois les éléments d'un *crimen* et d'un *delictum privatum*.

droit ancien les femmes en tutelle, s'obligent valablement par leurs délits ou quasi-délits (L. 111, pr., D., *De regulis juris*, 50-17. — *Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delicto*, § 18) (1).

3° Les Institutes font observer assez spécieusement que dans les délits ou quasi-délits l'obligation se forme toujours *re*. Cela veut dire que pour s'obliger par un fait délictueux, il ne suffit jamais de le vouloir, ni même d'en manifester la volonté verbalement ou par écrit, ou par une tentative; il faut le commettre, le réaliser (*Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delicto*, pr.).

Justinien et Gaius ne mentionnent que quatre délits privés : 1° le vol simple, *furtum*; 2° le vol avec violence, *rapina*; 3° le *damnum legis Aquiliæ*; 4° l'injure, *injuria* (*Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delicto*, pr., *in fine*. — *Gaius*, III, 182. — L. 4, D., *De oblig. et act.*, 44-7).

Quoiqu'on ait affirmé que cette énumération fût limitative, il paraît établi cependant que le droit romain a connu d'autres délits que ceux dont il est question aux Institutes; tel est par exemple le délit spécial *de tigno juncto*, tel est encore le délit *de arboribus furtim cæsis* (D., *De tigno juncto*, 47-3. — D., *Arbor. furtim. cæs.*, 47-7) (2).

Nous ne parlerons que des quatre délits étudiés par Justinien.

PREMIÈRE SECTION.

FURTUM.

(*Inst.*, L. IV, t. I.)

On n'est pas d'accord sur l'origine étymologique du mot *furtum*; certains jurisconsultes le font venir de *furvum* qui veut dire noir parce que le vol s'opère d'ordinaire clandestinement; d'autres le font venir du mot *fraus*; quelques-uns le tirent du verbe *ferre*; enfin d'autres le font dériver du grec φῶρ qui lui-même

(1) L'*infantiæ proxima ætas* se déterminait non d'après l'âge de l'impubère, mais d'après le degré de son état intellectuel.

(2) Les différents délits tant privés que publics sont étudiés au Digeste dans les livres 47 et 48; c'est pour cela que les commentateurs les ont qualifiés de *libri terribiles*.

vient de φέρειν (*Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 2. — L. 1, pr., § 1, D., *De furtis*, 47-2) (1).

§ I.

Définition et éléments constitutifs du furtum.

Justinien définit ainsi le *furtum* aux Institutes : *furtum est contrectatio rei fraudulosa* (*Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delic.*, § 1).

Mais cette définition est incomplète, car il ne suffit pas qu'il y ait détournement frauduleux; il faut en outre que ce détournement soit préjudiciable et qu'il ait eu lieu en vue de procurer un bénéfice à l'auteur du détournement (L. 1, § 3, D., *De furtis*, 47-2).

La définition complète serait donc celle-ci : *furtum est contrectatio rei fraudulosa, lædens aliquem, lucri faciendi gratia*. Le vol est le détournement frauduleux et dommageable d'une chose, avec l'intention de se l'approprier et d'en tirer un bénéfice.

En analysant cette définition, on y trouve quatre éléments qui ne sont autres que les éléments constitutifs du *furtum*. Pour qu'il y ait vol, au sens romain du mot, il faut :

1° Un fait matériel, le détournement, *contrectatio rei;*

2° Un fait intentionnel, *animus furandi;*

3° Un préjudice causé à autrui, *læsio alicujus;*

4° L'intention de faire un gain, *animus lucri.*

I. — **Contrectatio rei.** — Le *furtum* suppose d'abord un élément matériel, une *contrectatio rei*. Ce mot, beaucoup plus large que notre terme de *soustraction*, exprime une idée de maniement, d'appréhension avec ou sans déplacement, pourvu que le déplacement soit possible. Ainsi le créancier gagiste peut commettre un *furtum* en refusant la restitution du gage; de même commet un vol le mandataire qui affecte à ses besoins personnels la somme qu'il a reçue dans un but déterminé; or de tels actes ne constituent cependant ni soustraction ni déplacement (*Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delicto*, § 6).

Il résulte de là que le *furtum* suppose de toute nécessité une chose

(1) L'expression romaine *furtum* est beaucoup plus large que notre mot *vol*, car elle comprend un certain nombre d'hypothèses que la loi pénale française qualifie d'escroqueries ou d'abus de confiance (Conf., C. pén., art. 379 et s.).

corporelle et mobilière. Le vol des immeubles fut déclaré impossible, après une controverse dont les traces sont nombreuses; mais les préteurs protégèrent la possession immobilière par le moyen des *interdicta* (*Gaius*, II, 51. — *Inst.*, L. II, t. VI, *De usucap.*, § 7).

Il ne suffit même pas pour qu'une chose puisse faire l'objet d'un *furtum* qu'elle soit mobilière et corporelle, il faut de plus qu'elle soit *in commercio*. Ainsi ne sont pas susceptibles de vol les *res sacræ* ni les *res publicæ*; mais leur détournement est puni avec une grande sévérité par la *lex Julia peculatus* (*Inst.*, L. IV, t. XVIII, *De publ. jud.*, § 9).

De même, les personnes libres restent en dehors de ce délit, et leur séquestration constitue le crime particulier de *plagium* réprimé par la *lex Favia de plagiariis* (*Inst.*, L. IV, t. XVIII, *De publ. jud.*, § 10).

Par exception cependant, le *furtum* est applicable aux individus *in potestate*, au *judicatus* ou débiteur que le créancier a le droit d'incarcérer dans sa maison pour condamnation inexécutée, à l'*auctoratus* ou mercenaire qui s'est loué comme gladiateur. Dans tous ces cas, le *pater familias*, le créancier et le *conductor* souffrant un préjudice matériel du détournement dont ils ont été les victimes, peuvent se faire indemniser par l'action *furti* (*Gaius*, III, 199. — L. 38, D., *De furtis*, 47-2. — *Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delicto*, § 9).

II. — **Animus furandi.** — Le *furtum* implique en outre un élément moral, l'intention, que les textes appellent *animus furandi* et qui n'est ni plus ni moins que la volonté de commettre un vol. Cet élément comprend en réalité deux choses : le discernement, la mauvaise foi.

Discernement. — On veut dire par là que tous ceux qui sont incapables de comprendre ce qu'ils font ne peuvent pas juridiquement commettre un vol; tels sont : les fous et les enfants en bas âge, *infantes* et *infantiæ proximi*. En un mot, pour pouvoir commettre un *furtum*, il faut être *doli capax* (*Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 18; — *supra*, p. 242).

Mauvaise foi. — L'*animus furandi* suppose en second lieu la mauvaise foi du délinquant, *fraus*, c'est-à-dire la conviction d'agir contre le gré du maître, *invito domino*. Par exemple, un héritier dispose d'un objet qu'il croyait héréditaire, l'usufruitier d'une esclave dispose du *partus* qu'il s'imagine lui appartenir; l'erreur de

fait du premier et l'erreur de droit du second excluent également le vol. Il va de soi d'ailleurs que l'erreur n'est excusable que dans certaines limites (*Inst.*, L. II, t. VII, *De usucap.*, §§ 4, 5; L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 8).

Dès que l'*animus furandi* fait défaut à un titre quelconque, il n'y a pas vol et Justinien n'exagère rien en disant *furtum ex affectu consistit* (*Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delicto*, § 18).

III. — **Læsio alicujus.** — Il faut en troisième lieu, que la *contrectatio* accompagnée de l'*animus furandi* produise un préjudice pour quelqu'un, une atteinte aux droits d'autrui, une *læsio alicujus.*

Il suit de là que le vol est inapplicable aux choses qui n'ont ni propriétaire, ni détenteur intéressé à les conserver, comme sont les *res derelictæ*. Quant aux *res hereditariæ* en particulier, il ne suffit pas qu'elles aient un propriétaire pour que le vol en soit possible; il faut de plus qu'elles aient un possesseur; ainsi, tant que l'hérédité demeure jacente, et même après l'adition d'hérédité, jusqu'à la prise de possession réelle par l'héritier, l'usurpateur qui s'en empare ne commet pas un *furtum* (*Gaius*, III, 201. — *Paul*, S., L. II, t. XXXI, § 11) (1).

Cette règle bizarre, destinée sans doute à faciliter l'usucapion *pro herede*, ne doit pas se généraliser; car les textes voient un vol dans l'occupation frauduleuse d'une chose perdue, parce qu'elle a encore un propriétaire; cependant elle n'a plus de possesseur (L. 43, § 4, D., *De furtis*, 47-2).

Le préjudice est donc un élément essentiel du *furtum*, mais la nature du préjudice importe peu; il n'est pas nécessaire en d'autres termes que la *contrectatio* s'applique à la propriété d'autrui, car le droit romain admet que le vol peut porter sur l'usage ou même sur la possession d'une chose (*Gaius*, III, 200. — *Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delicto*, §§ 6, 7, 10).

Furtum rei, vel usus, vel possessionis. — 1° Il y a *furtum rei*, lorsqu'on prend la chose d'autrui, et que le droit lésé est la propriété ; notre Code pénal n'en connaît pas d'autre ; 2° il y a *furtum usus*, lorsque le détenteur régulier de la chose d'autrui en use sans droit, ou dépasse l'usage qu'il a droit d'en faire ; le premier cas est

(1) Mais il encourt, depuis Marc-Aurèle, le *crimen expilatæ hereditatis* (L. 1, D., *Expilatæ hered.*, 47-19. — *Voir* t. I, p. 188).

celui du gagiste et du dépositaire, le second est celui du commodataire; 3° il y a enfin *furtum possessionis*, lorsqu'un propriétaire dépouille de sa chose, soit un possesseur intéressé à conserver la possession, comme le gagiste non payé, l'acheteur de bonne foi, soit un détenteur intéressé à conserver la détention, comme l'usufruitier ou le commodataire avant le terme fixé pour la restitution (*Gaius*, III, 200. — L. 59, D., *De furtis*, 47-2).

Il est donc manifeste que, dans la loi romaine, le propriétaire peut se trouver voleur de sa propre chose (1).

IV. — **Aminus lucri.** — Le dernier élément requis pour constituer le *furtum* est l'intention de faire un bénéfice, de se procurer un gain, *animus lucri*. Donc n'est pas voleur quiconque détourne la chose d'autrui par le seul désir de nuire et avec l'intention de la détruire immédiatement; son acte sera réprimé comme délictueux par la *lex Aquilia*, mais il ne sera pas qualifié de vol (L. 27, § 25, D., *Ad leg. Aquil.*, 9-2).

N'est pas voleur non plus, au dire d'Ulpien, celui qui s'empare *libidinis causa* de l'*ancilla* d'autrui (L. 39, D., *De furtis*, 47-2. — *Contra*, *Paul*, S., L. II, t. XXXI, § 12).

Cependant, il y aurait vol, si le voleur donnait à un tiers la chose volée, car, suivant la judicieuse remarque de Gaius, *species enim lucri est ex alieno largiri et debitorem beneficii sibi adquirere* (L. 54, § 1, D., *De furtis*, 47-2).

Quand l'un de ces quatre éléments vient à manquer, il n'y a pas de vol. C'est par application de ce principe que le commodataire, tout en croyant faire de la chose prêtée un usage contraire à la volonté du maître, ne commet pas un *furtum*, s'il se trouve qu'en réalité le propriétaire consentait à ce changement d'usage (*Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 8).

Mais Justinien innove dans un cas spécial que rapportent les Institutes (*Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 8). Je conseille à l'esclave de Titius de voler son maître et de me livrer le produit du vol; l'esclave avertit Titius qui l'invite à me porter l'objet, pour me prendre en flagrant délit. Y a-t-il lieu contre moi, soit à l'*actio furti*, soit à l'*actio servi corrupti*, action que le préteur

(1) Quand la chose a été volée par le propriétaire lui-même, la *res* ne devient pas *furtiva* et l'usucapion n'est point empêchée. La raison subtile de cette décision est qu'au moment où le *furtum* a été commis, le vice a été purgé puisque la chose est revenue entre les mains du *dominus* (L. 20, § 1, D., *De furtis*, 47-2).

donne au maître pour le double du préjudice qui lui est causé dans la valeur physique ou morale de son esclave? Les jurisconsultes classiques refusaient l'une et l'autre, l'*actio furti* parce qu'il n'y avait pas eu de vol, l'*actio servi corrupti* parce qu'il n'y avait pas eu de corruption. Justinien prend le contre-pied de cette décision et donne les deux actions; il entre par là dans la voie qui a conduit notre loi moderne à punir souvent la tentative comme le délit consommé. L'indemnité sera ce qu'elle eût été si l'esclave s'était laissé corrompre (*Gaius*, III, 198. — Conf., C. pén., art. 388, 401).

§ II.

Diverses espèces de vol.

Dans l'ancien droit romain, on distinguait six espèces de vol : 1° le *furtum manifestum ;* 2° le *furtum nec manifestum;* 3° le *furtum conceptum ;* 4° le *furtum oblatum ;* 5° le *furtum prohibitum;* 6° le *furtum non exhibitum* (*Gaius*, III, 183. — *Paul*, S., L. II, t. XXXI, § 2).

A vrai dire cependant et pour parler un langage plus exact, le *furtum manifestum* et le *furtum nec manifestum* constituaient seuls des espèces particulières de vol. Les autres n'étaient que des dénominations spéciales du vol ordinaire basées soit sur les circonstances survenues lors du délit soit sur les actions qui en dérivaient (*Gaius*, III, 183).

I. — **Furtum manifestum; nec manifestum.** — Le sens précis de cette distinction fut longtemps discuté. A l'époque classique, quatre systèmes sont en lutte : 1° il n'y a vol manifeste qu'autant que le voleur est pris sur le fait, dans la perpétration même de l'acte, ou, pour employer l'expression moderne, en flagrant délit; cette opinion avait prévalu peut-être à l'origine; 2° il suffit que le voleur soit pris sur le théâtre du vol, *in oliveto, in vineto, in domo,* sans rechercher si le délit est ou non consommé; cette doctrine l'emporte au temps de Gaius, qui l'adopte; 3° le voleur est-il encore nanti de la chose quand on le découvre, même plusieurs jours après le délit et dans un lieu quelconque, le *furtum* est *manifestum*, Gaius constate que cette rigueur était unanimement réprouvée de son temps, par la raison sans doute que les caractères d'un délit doivent s'apprécier au moment du délit; 4° dans le droit de Justi-

nien, il y a *furtum manifestum* lorsque le voleur est surpris avant d'avoir porté la chose à sa destination, le jour même du vol; dans tout autre cas, le *furtum* est *nec manifestum* (*Gaius*, III, 183-185. — *Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 3).

Intérêt de la distinction. — Cette distinction présentait un grand intérêt au point de vue de la pénalité, surtout dans la législation des Douze-Tables; le *furtum manifestum* était puni beaucoup plus rigoureusement que le *furtum nec manifestum*.

Le *fur nec manifestus* n'encourait qu'une peine pécuniaire, égale au double du préjudice causé, et poursuivie par l'action *furti nec manifesti*. Le *fur manifestus* subissait la flagellation, et l'on s'en tenait là pour l'impubère; contre le pubère la peine devenait capitale. C'était la mort pour l'esclave, qu'on précipitait de la roche Tarpéienne. C'était pour l'homme libre, une sentence d'*addictio* qui l'attribuait à la personne volée; il en résultait une *capitis deminutio* dont la nature est incertaine, mais qui, si elle n'était l'esclavage, y conduisait rapidement. Le châtiment exagéré du *furtum manifestum* fut adouci par le préteur; il y substitua une peine pécuniaire du quadruple, poursuivie par l'action *furti manifesti* (*Gaius*, III, 189, 190. — *Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 5) (1).

II. — **Furtum conceptum.** — Il y avait *furtum conceptum* lorsque la chose volée était cherchée et trouvée en présence de témoins chez un tiers; ce détenteur, ne fût-il pas le voleur, était tenu de l'action *furti concepti*. Cette action aboutissait tantôt au triple et tantôt au quadruple; elle se donnait *in triplum* lorsque la perquisition avait eu lieu sans formes solennelles; elle se donnait *in quadruplum* lorsque la recherche de la chose volée s'accomplissait avec certaines formalités que Gaius nous décrit et qu'il qualifie lui-même de ridicules. La perquisition se faisait alors par un homme simplement vêtu d'une ceinture de lin et portant un plat à la main, *lancem tenens*; c'était le *furtum lance licioque conceptum* (*Gaius*, III, 186,

(1) Cette distinction entre le *furtum manifestum* et le *furtum nec manifestum* complètement inconnu de nos législations modernes aboutissait à cette conséquence immorale de favoriser le voleur habile. Ce point de vue d'ailleurs n'était pas propre aux Romains; on le rencontrait en Grèce, en Egypte et chez la plupart des peuples de l'antiquité. Ainsi, Aulu-Gelle nous apprend que les Egyptiens favorisaient aussi le vol habilement consommé; on y voyait un excellent moyen pour se préparer aux ruses de la guerre (Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, L. XI, ch. 18).

192, 193. — *Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 4).

III. — **Furtum oblatum.** — Le *furtum* était dit *oblatum* lorsqu'une personne avait remis une chose volée à un tiers afin qu'on la découvrît chez lui. Le détenteur de bonne foi avait alors contre celui qui lui avait donné la *res furtiva* une action au triple qu'on appelait l'action *furti oblati* (*Gaius*, III, 187. — *Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 4).

Les deux actions que nous venons de signaler furent organisées par la loi des Douze-Tables; le préteur à son tour en organisa deux autres : l'action *furti prohibiti* et l'action *furti non exhibiti.*

IV. — **Furtum prohibitum.** — Il y avait *furtum prohibitum* lorsqu'une personne s'opposait à ce qu'on fît chez elle avec les formalités requises la perquisition d'une chose volée. Ce refus donnait lieu contre elle à l'action *furti prohibiti* qui aboutissait au quadruple (*Gaius*, III, 192. — *Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delicto*, § 4).

V. — **Furtum non exhibitum.** — Enfin le *furtum* prenait le nom de *furtum non exhibitum* lorsque le détenteur de la chose volée ne la représentait pas sur la sommation qui lui était faite. Le préteur donnait alors l'action *furti non exhibiti;* cette action n'est mentionnée que par les Institutes et par Théophile qui ne nous indiquent pas le montant de la condamnation; mais, il est vraisemblable qu'on y avait attaché la peine du quadruple pour étendre au détenteur l'adoucissement de la peine primitivement appliquée au *fur manifestus* (*Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 4. — Théophile, *De oblig. quæ ex delicto*, § 4).

Ces diverses procédures tombèrent en désuétude bien longtemps avant Justinien qui les supprima formellement; la seule distinction qui fut conservée fut celle du *furtum manifestum* et *nec manifestum* (*Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 4, *in fine*).

§ III.

Actions qui naissent du furtum.

Le *furtum* engendre deux catégories très distinctes d'actions, les unes tendant à la réparation du préjudice causé, *ad rei persecutionem*, les autres tendant à la punition pécuniaire du voleur, *ad pœnæ persecutionem.*

Actiones rei persecutoriæ. — Les actions *rei persecutoriæ* destinées à poursuivre la réparation du préjudice causé sont au nombre de trois : 1° la revendication; 2° l'action *ad exhibendum;* 3° la *condictio furtiva.*

Les deux premières n'ont ici rien de contraire au droit commun, puisque le vol laisse la propriété au volé. La troisième présente au contraire un caractère exceptionnel, puisqu'elle tend à procurer au volé la propriété qu'il a déjà, or *nemo rem suam condicere potest.* Mais l'attribution de cette *condictio* s'explique, comme dit Gaius, *odio furum*, par la nécessité d'attribuer à la victime du vol certains avantages de la qualité du créancier (*Gaius*, IV, 4).

En effet, quand la chose a péri fortuitement, le voleur ne peut être poursuivi ni par la revendication ni par l'action *ad exhibendum;* mais il reste tenu de la *condictio furtiva*, parce que le vol l'a mis en demeure de restituer, et que la demeure laisse les cas fortuits à la charge du débiteur (L. 20, D., *De condictione furtiva*, 13-1).

Par une application plus rigoureuse encore du même principe, la condamnation prononcée sur la *condictio furtiva* égale toujours la plus haute valeur que la chose a pu avoir depuis le délit; au contraire, le défendeur à la revendication ou à l'action *ad exhibendum* se libère en restituant l'objet tel quel, c'est-à-dire dans l'état où il se trouve sans son dol ni sa faute (L. 8, § 1; L. 13, D., *De condict. furtiv.*, 13-1).

Enfin la *condictio furtiva* se donne toujours contre les héritiers du voleur, continuateurs de sa dette; tandis qu'ils n'encourraient la revendication ou l'action *ad exhibendum* qu'à la condition de posséder la chose volée (L. 7, § 2, D., *De condict. furtiv.*, 13-1. — *Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 19) (1).

Ces trois actions ont plusieurs caractères communs : 1° elles n'appartiennent, en principe, qu'au propriétaire de la chose volée ou à ceux qui ont un droit réel sur la chose; 2° elles passent activement aux héritiers; 3° elles ne s'intentent qu'à l'encontre de l'auteur ou des auteurs du vol, et non des simples complices (L. 1; L. 6; L. 12, § 1, D., *De condict. furtiv.*, 13-1. — *Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 19).

(1) La *condictio furtiva* n'est jamais accordée lorsque, par exception, le *furtum* s'applique à un homme libre (L. 38, § 1, D., *De furtis*, 47-2).

Du reste, ces actions ne se cumulent pas entre elles, parce qu'un même préjudice ne peut donner droit à plusieurs réparations ; mais elles se cumulent avec l'action purement pénale, parce que ces différentes actions ne tendent pas au même but. Enfin dans le cas où il y a plusieurs voleurs, les actions *rei persecutoriæ* ne peuvent s'intenter qu'une seule fois, tandis que l'action *furti* se donne *in solidum* contre chacun des délinquants (L. 6; L. 7, § 1, D., *De cond. furtiv.*, 13-1; — *supra*, p. 66).

Actio pœnæ persecutoria. — L'action destinée à poursuivre la punition pécuniaire du vol, au profit du volé, s'appelle *actio furti*.

Montant de l'actio furti. — Nous savons déjà qu'elle aboutit tantôt au quadruple, tantôt au double, selon que le *furtum* est *manifestum* ou *nec manifestum*.

Mais quel est le *simplum*, c'est-à-dire l'unité que le juge doit quadrupler ou doubler? Le simple, c'est la valeur matérielle de l'objet, appréciée depuis le vol au moment le plus avantageux pour le demandeur, et augmentée de tout le préjudice qu'il a souffert du délit. Par exemple, si la chose a péri ou subi des détériorations après le vol, le voleur devra ce qu'elle valait quand il l'a prise; si la chose a reçu des plus-values, elles entrent dans l'estimation totale, eussent-elles disparu avant l'action, car le voleur, étant en demeure, *in mora*, répond des cas fortuits. En outre, la chose avait-elle pour le volé une valeur extrinsèque? était-ce, par exemple, une reconnaissance de dette, une quittance, un esclave appelé à une hérédité, etc.? la valeur du droit qu'elle représentait s'ajoute à sa valeur matérielle. L'action *furti* est de plus infamante, c'est dire qu'elle entraîne la note d'infamie contre tous ceux qu'elle frappe (L. 27; L. 50; L. 52, § 28, D., *De furtis*, 47-2).

Qui peut intenter l'action furti? — A la différence des *actiones rei persecutoriæ*, l'action *furti* ne compète pas nécessairement au propriétaire, bien qu'il en soit investi le plus souvent. En thèse générale, elle appartient à toute personne intéressée et passe à ses héritiers; elle est d'ailleurs refusée au propriétaire dans le cas où le préjudice résultant du vol ne reste pas à sa charge (*Gaius*, III, 203. — *Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 13).

Mais de quel intérêt faut-il tenir compte? Il ne peut être évidemment question d'un intérêt illégitime ou déshonnête; on ne saurait donc, par exemple, accorder l'action *furti* au possesseur de mauvaise foi. Cette réserve faite, on doit dire que tout intérêt fondé sur

la propriété, la possession ou la détention régulière, donne droit à l'action de vol (L. 17, § 5, D., *De præscript. verbis*, 19-5).

Cet intérêt peut apparaître dans le préjudice qui résulte directement de la perte de la chose. Tel est le cas du propriétaire et de l'usufruitier; l'action *furti* leur appartient quelquefois ensemble, à l'un pour le double ou le quadruple de son usufruit, à l'autre en proportion de sa nue-propriété. Tel est aussi le cas du possesseur de bonne foi, que le vol empêche d'usucaper (L. 46, § 1, D., *De furtis*, 47-2. — *Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delicto*, § 15).

L'intérêt peut dériver aussi de la responsabilité qu'on encourt, et subsidiairement de la solvabilité qu'on présente. Par conséquent, le dépositaire et le précariste n'ont pas en principe l'*actio furti*, parce qu'ils ne répondent pas du vol (*Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 17).

Pour le motif contraire, elle s'ouvre au locataire, au mandataire, au gérant d'affaires, pourvu qu'ils soient solvables; autrement, ils ne sauraient indemniser le propriétaire, et l'action serait donnée à ce dernier pour son propre compte (*Gaius*, III, 205, 206. — *Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 15).

Justinien modifie ce principe à l'égard du commodat; car il laisse au commodant le choix de poursuivre le vol par l'action *furti*, en renonçant à toute poursuite contre le commodataire, ou de poursuivre celui-ci par l'action *commodati*, en lui abandonnant la poursuite contre le voleur; son option est irrévocable (*Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 16. — L. 22, C., *De furtis*, 6-2).

Quant au créancier gagiste, son intérêt est double, et dérive à la fois de son droit réel de gage et de sa position de débiteur de la chose engagée. Le propriétaire partage avec lui le droit à l'action de vol, et le libère, s'il en use, de toute responsabilité du *furtum* (L. 14, § 2, D., *De furtis*, 47-2. — *Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 14).

On se demande si dans les cas où l'action *furti* est intentée par un autre que le propriétaire, ce dernier a le droit d'exiger l'excédant du double ou du quadruple obtenu sur le préjudice subi par le demandeur? Justinien mentionne les hésitations des jurisconsultes classiques sur ce point, et paraît les trancher au profit du demandeur, c'est-à-dire en lui attribuant la somme tout entière (L. 22, § 3, C., *De furtis*, 6-2).

Contre qui peut s'intenter l'action furti? — En sa qualité d'ac-

tion pénale, l'action *furti* n'est jamais transmissible contre les héritiers des personnes qui l'ont encourue.

Sont soumis à cette action : 1° le voleur lui-même; 2° les complices, c'est-à-dire les personnes qui ont aidé le voleur de leur concours matériel ou moral, *ope*, en connaissance de cause, *consilio*; 3° les recéleurs, considérés comme des complices du voleur, et que les textes qualifient de *pessimum genus, sine quibus latere diu nemo potest* (L. 34, D., *De furtis*, 47-2; L. 1; L. 2, D., *De receptatoribus*. 47-16. — *Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delicto*, §§ 4, 11. — Conf., C. pén., art. 59, 60, 62) (1).

Exceptions. — Il y a trois cas exceptionnels où le voleur échappe à l'action *furti* : 1° le vol est commis par une personne *alieni juris* contre son père ou son maître; l'action *furti* est impossible ici comme toute autre action, mais le *pater* a le droit de punir à son gré; 2° le vol est commis par un affranchi au préjudice de son patron ou par un domestique à gages (*mercenarius*) au préjudice de son maître; l'action est alors écartée comme *famosa;* 3° le vol entre époux non divorcés n'engendre pas l'action de vol, *quæ turpis negatur in honorem matrimonii;* mais il donne lieu à une réparation civile qui se poursuit durant le mariage par la revendication ou la *condictio*, après le divorce par une action *rerum amotarum* ou la *retentio propter res amotas* (L. 28, D., *De actione rer. amot.*, 25-2; L. 17; L. 89, D., *De furtis*, 47-2. — *Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 12. — Conf., C. pén., art. 380).

Dans toutes ces hypothèses et quelques autres pareilles, qu'on pourrait confondre sous le nom de *furta domestica* (réservé par les textes à certaines d'entre elles), le fait ne perd pas son caractère de *furtum*. Il produit donc son effet civil de rendre la chose *furtiva* sous le rapport de l'usucapion, et son effet pénal d'autoriser l'action de vol contre le complice (L. 29, D., *De act. rer. amot.*, 25-2. — *Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 12).

Poursuite criminelle. — Une peine pécuniaire dut paraître insuffisante envers les voleurs insolvables, surtout après la disparition des conséquences rigoureuses de la vieille *manus-injectio*.

Aussi la jurisprudence en revint-elle à voir dans le vol, non plus seulement un délit privé, mais une atteinte portée à l'ordre social.

(1) Le complice n'est jamais considéré comme *fur manifestus*, aussi ne subit-il jamais de condamnation au quadruple (*Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict*, § 4).

On permet donc à la victime du vol d'exercer un *crimen privatum* qui aboutissait à des peines corporelles. En recourant à cette voie, on se fermait l'accès de l'action *furti*. La réciproque était sans doute admise (L. 3, § 1, D., *De officio præfect. vigil.*, 1-15; L. 13, pr., D., *De offic. præsidis*, 1-18; L. 56, § 1, L. 92, D., *De furtis*, 47-2).

DEUXIÈME SECTION.

RAPINA.

(*Inst.*, L. IV, t. II.)

La *rapina* n'est qu'une variété du *furtum*, c'est le vol qualifié par l'emploi de la violence. Ce fut le préteur qui la sépara du simple *furtum* et qui donna contre le *raptor* une action spéciale, l'action *vi bonorum raptorum* (*Inst.*, L. IV, t. II, *De bonis vi raptis*, pr.).

Eléments constitutifs de la rapina. — L'enlèvement avec violence constitue la *rapina*, dans tous les cas où l'enlèvement clandestin constituerait le *furtum*. On exige donc ici les mêmes conditions que pour le vol, c'est-à-dire la *contrectatio* d'une ou de plusieurs choses mobilières, accompagnée de l'*animus furandi* et des divers autres éléments que nous avons étudiés ailleurs. Quant à la violence, qui est l'élément propre de la *rapina*, il importe peu qu'elle soit exercée par un homme seul, ou par plusieurs, *coacti homines;* il importe peu également que le ravisseur ou les ravisseurs aient été ou non munis d'armes (L. 2, pr., §§ 7, 12, D., *Vi bon. rap.*, 47-8. — *Inst.*, L. IV, t. II, *De bonis vi raptis*, pr.).

Cette action appartient à toutes les personnes qui auraient été investies de l'action *furti* au cas de vol simple. Il faut remarquer pourtant que la faute des possesseurs ou détenteurs responsables, qui fait naître leur intérêt à l'action, est ici moins facile à comprendre qu'en l'hypothèse d'un simple *furtum;* car ils ne doivent pas compte de la force majeure. Une faute de leur part est néanmoins concevable; les textes citent l'exemple d'un débiteur d'objets précieux qui s'expose sur une route infestée de brigands (L. 1, § 4, D., *De oblig. et act.*, 44-7. — *Inst.*, L. IV, t. II, *De bonis vi raptis*, § 2).

Effets de la rapina. — L'action *vi bonorum raptorum* tend

au quadruple et le quadruple se calcule ici comme dans l'action de vol (L. 50, D., *De furtis*, 47-2; L. 2, § 13, D., *Vi bon. rap.*, 47-8).

Mais elle est mixte, *tam rei quam pœnæ persecutoria*, en d'autres termes, elle procure jusqu'à concurrence du simple la réparation du préjudice, et n'est pénale que pour le surplus. Par conséquent, le propriétaire qui l'a exercée ne peut plus faire usage de la revendication ni de la *condictio;* réciproquement, s'il a commencé par l'une de ces dernières, il n'est plus recevable à l'action *vi bonorum raptorum*, que pour le triple (L. 1, D., *Vi bon. rapt.*, 47-8. — *Inst.*, L. IV, t. II, *De bonis vi raptis*, pr.).

De plus, comme les actions prétoriennes en général, notre action n'est qu'annale; cette qualification signifie qu'après une année utile, elle se réduit au simple et n'est plus pénale (*Inst.*, L. IV, t. II, *De bonis vi raptis*, pr.).

Par ces deux caractères, elle se distingue des actions *furti*. Il en résulte que le préteur a voulu seulement aggraver pour une année la situation du *fur nec manifestus* qui a employé la violence pour commettre le vol. On doit conclure de là que celui qui aura été victime d'un *furtum manifestum* n'aura jamais intérêt à recourir à l'action *vi bonorum raptorum;* mieux vaut pour lui invoquer l'action *furti manifesti* qui est purement pénale et se cumule avec la *condictio* ou la revendication (L. 1, D., *Vi bon. rapt.*, 47-8).

L'action *vi bonorum raptorum* se donne pour le tout, *in solidum*, contre chacun des auteurs de la *rapina;* mais elle ne s'intente jamais contre les héritiers du *raptor*, même pour le simple. On a pensé que la *condictio* suffirait à les dépouiller de leur enrichissement (L. 2, § 27, D., *Vi bon. rapt.*, 47-8).

Voie criminelle. — L'auteur ou les auteurs de la *rapina* tombaient aussi sous l'application de la loi *Julia de vi*, qui organisait, non pas un simple *crimen privatum*, comme au cas de vol sans violence, mais une véritable poursuite criminelle ouverte à tout le monde, un *judicium publicum*. L'exercice de la réclamation pécuniaire fermait sans doute l'accès de la voie criminelle au propriétaire, mais non aux tiers (*Paul*, S., L. V, t. XXVI. — L. 2, § 1, D., *Vi bon. rapt.*, 47-8. — *Inst.*, L. IV, t. XVIII, *De publicis judiciis*, § 8).

Cas où la violence ne constitue pas une rapina. — La nécessité de l'*animus furandi* pour constituer la *rapina* rendait l'action *vi bonorum raptorum* inadmissible contre le propriétaire ou le

créancier qui se mettait violemment en possession de la chose objet de son droit.

Cependant la loi romaine ne pouvait pas permettre qu'on se fît justice soi-même, en employant la violence; l'ordre public s'y opposait. Aussi décida-t-on que le créancier ou le propriétaire qui se mettraient par violence en possession de la chose qui leur est due ou qui leur appartient, tomberaient sous l'application de la loi Julia *de vi*. Mais cette sanction n'ayant pas été jugée suffisante, les empereurs organisèrent une répression civile. Depuis Marc-Aurèle, le créancier perdit sa créance; depuis Valentinien, Théodose et Arcadius, le propriétaire perdit sa propriété au profit du détenteur, et le ravisseur de bonne foi de la chose d'autrui dut la restituer et de plus en payer la valeur (L. 1; L. 5; L. 8, D., *Ad legem Juliam*, 48-7. — L. 7, C., *Unde vi*, 8-4. — *Inst.*, L. IV, t. II, *De bonis vi raptis*, § 1) (1).

TROISIÈME SECTION.

INJURE.

(*Inst.*, L. IV, t. IV.)

Le mot *injuria*, dans un sens large, embrasse tout acte contraire au droit, *omne quod non jure fit*.

Le même terme reçoit aussi trois significations spéciales, et désigne : 1° l'injustice, l'iniquité que souffre la personne abusivement condamnée par un magistrat ou un juge, *iniquitas injustitia*; 2° la faute préjudiciable à quelqu'un, c'est-à-dire le délit prévu par la loi Aquilia, *damnum, culpa*; 3° l'outrage, l'insulte, l'affront, *contumelia*. C'est dans ce dernier sens que l'*injuria* forme le délit dont il est question ici (*Inst.*, L. IV, t. IV, *De injuriis*, pr.).

Éléments constitutifs de l'injure. — Comme le *furtum* et la *rapina*, l'injure suppose d'abord l'intention coupable, c'est-à-dire la volonté d'outrager, de blesser la réputation, l'honneur ou la dignité de quelqu'un. Les individus privés de discernement ne sauraient donc s'en rendre coupables car, suivant le langage des textes, *injuria in affectu facientis consistit* (L. 3, § 1, D., *De injuriis*, 47-10).

(1) Justinien généralisa la décision des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius et l'étendit aux immeubles (*Inst.*, L. IV, t. II, *De bonis vi raptis*, § 1).

Sa juge

L'injure suppose en second lieu un fait matériel et illégitime, susceptible ou non de porter préjudice au patrimoine, mais de nature à manifester l'intention d'offenser. Une définition technique de ces faits est évidemment impossible. La méthode la plus usuelle des Romains les réduit à deux catégories. L'injure a lieu *re aut verbis* : 1° *re*, c'est-à-dire par des voies de fait sur la personne, par la violation de la propriété, par tout acte qui peut entraver l'exercice d'une faculté légitime, compromettre la bonne renommée d'une femme, etc.; 2° *verbis*, c'est-à-dire par des propos offensants, par des clameurs soulevées dans la foule contre quelqu'un, *convicia*, par des écrits calomniateurs ou diffamatoires, *carmina famosa*, etc. (L. 1, § 1; L. 5, § 9; L. 15, D., *De injuriis*, 47-10. — *Inst.*, L. IV, t. IV, *De injuriis*, § 1).

Mais l'usage d'un droit, même accompagné du désir de blesser, ne renferme jamais lé délit d'injure (L. 13, §§ 1, 4, 5, 6, D., *De injuriis*, 47-10).

Diverses espèces d'injure. — Les Romains classaient les injures à deux points de vue : 1° au point de vue de la gravité, l'injure était simple ou grave; 2° au point de vue des personnes atteintes, l'injure était directe ou indirecte.

Injure simple ou grave. — On opposait l'injure simple à l'injure *atrox* ou grave. Ce caractère de gravité était souverainement apprécié en fait par le *judex* saisi de l'action. Gaius et Justinien ramènent à quatre les principales circonstances qui peuvent aggraver l'injure; l'*injuria* peut en effet devenir *atrox*; 1° *facto*, en raison de la nature du fait, par exemple des coups de bâton; 2° *loco*, à cause du lieu où l'on a reçu l'injure, par exemple le théâtre ou le forum; 3° *persona*, à cause de la supériorité sociale de la victime sur le délinquant; telle est, par exemple, l'injure adressée à un magistrat, à un ascendant ou à un patron, etc.; 4° *vulnere*, en raison de la partie du corps lésée; tel serait, par exemple, un coup porté à l'œil (*Gaius*, III, 225. — *Inst.*, L. IV, t. IV, *De injuriis*. § 9).

L'intérêt pratique de cette distinction se manifeste d'abord au point de vue de la sanction, on verra que la répression est plus énergique quand l'*injuria* est *atrox*; il se présente encore à d'autres points de vue; ainsi l'injure de l'ascendant au descendant, du patron à l'affranchi n'est punie qu'à la condition d'être *atrox*; de même, l'injure faite à l'esclave n'atteint le maître que dans le

cas où elle est grave (L. 7, § 3; L. 11, § 7, D., *De injuriis*, 47-10).

Injure directe ou indirecte. — On doit opposer aussi l'injure *directe*, c'est-à-dire reçue dans notre propre personne, à l'injure *indirecte*, c'est-à-dire reçue dans la personne d'autrui. Cette dernière injure a trois grandes applications.

1° L'injure adressée aux personnes *alieni juris* rejaillit en principe contre le *paterfamilias*.

S'agit-il d'un fils de famille, toute injure qui l'atteint frappe le père du même coup et produit deux actions; elles sont l'une et l'autre exercées par le père, en vertu de la règle qui lui attribue toutes les acquisitions de son fils (*Inst.*, L. IV, t. IV, *De injuriis*, § 2).

S'agit-il d'un esclave, l'action d'injure ne peut naître de son chef; *servis autem ipsis quidem nulla injuria fieri intelligitur*, mais elle naît au profit et du chef de son maître, lorsque l'injure est *atrox* et manifestement commise dans l'intention d'insulter le *dominus* (*Inst.*, L. IV, t. IV, *De injuriis*, § 3).

Toutefois, par dérogation aux principes du droit civil, dans les cas où les circonstances ordinaires ne sont pas réalisées, le préteur autorise le maître à poursuivre au nom de l'esclave (L. 15, § 35, D., *De injuriis*, 47-10).

Si le *servus* est *communis*, l'action appartient à tous ses maîtres; s'il est grevé d'un usufruit ou d'une possession de bonne foi, et que l'injure ne vise pas clairement l'usufruitier ou le possesseur, on donne l'action au propriétaire (*Inst.*, L. IV, t. IV, *De injuriis*, §§ 4, 5, 6).

2° Même en dehors des personnes *alieni juris*, il en est d'autres dont l'injure devient la nôtre, parce qu'elles sont *affectui subjectæ*. C'est ainsi que l'injure qui s'adresse à la femme mariée rejaillit sur le mari, alors même qu'il n'aurait pas la *manus*; de même l'injure à la fiancée retombe sur le fiancé; de même encore l'injure à la bru rejaillit sur son beau-père qui a le mari sous sa puissance.

Ces chocs en retour peuvent amener un résultat curieux; si l'on suppose deux conjoints soumis l'un et l'autre à la puissance paternelle, quatre actions naîtront d'une injure à la femme, la première dans sa personne, les trois dernières dans les personnes du mari et des deux pères. Ces actions sont tellement distinctes, que la condamnation pourra n'être pas la même dans toutes, et varier avec la

dignité de chaque offensé (L. 15, § 24; L. 30; L. 31, D., *De injuriis*, 47-10. — *Inst.*, L. IV, t. IV, *De injuriis*, § 2) (1).

3° Dans le même ordre d'idées, l'injure faite à la mémoire d'un mort retombe sur l'héritier civil ou prétorien. Par injure on n'entend pas seulement ici l'insulte faite au cadavre ou la mutilation du monument funéraire, mais encore toute atteinte injurieuse à la réputation du défunt, *si fama ejus lacessatur* (L. 1, § 4, D., *De injuriis*, 47-10).

Répression du délit d'injure. — L'injure en elle-même n'atteint directement que la personne offensée et ne touche pas au patrimoine. Si le fait qui la constitue est matériellement préjudiciable à la propriété, il devient sous cet autre aspect le délit de la loi Aquilia et produit alors deux actions. La seule qui doive ici nous occuper est l'*actio injuriarum*, étrangère à toute question d'indemnité et purement pénale.

La répression de l'injure a varié avec les époques; le jurisconsulte Paul nous dit en effet : *injuriarum actio, aut lege, aut more, aut mixto jure introducta est* (*Paul*, S., L. V, t. IV, § 6).

Lege. — La loi dont parle Paul est la loi des Douze-Tables; son système était d'une grande simplicité. Pour un membre fracturé, *membrum ruptum*, la peine était le talion; pour un os brisé, *os fractum*, la peine était de trois cents ou de cent cinquante as suivant que la victime était un homme libre ou un esclave; pour toute autre injure, la peine n'était que de vingt-cinq as (*Paul*, S., L. V, t. IV, § 6. — *Gaius*, III, 223. — *Inst.*, L. IV, t. IV, *De injuriis*, § 7) (2).

Cette répression était à la fois barbare et insuffisante; barbare, en ce qui concernait la peine du talion, insuffisante, en ce qui concernait la réparation pécuniaire; elle devint surtout insuffisante après la diminution de la valeur de l'argent et l'oubli de cette pauvreté qui avait fait la force de Rome naissante.

Mixto jure. — Le *mixtum jus* est une loi Cornélia, rendue sous

(1) Il est à remarquer que l'injure adressée soit au mari, soit au fiancé, ne réfléchit pas contre la femme ou la fiancée; la loi se trouve ici d'accord avec la nature et les mœurs.

(2) Aulu-Gelle raconte qu'un certain Lucius Veratius prenait plaisir à parcourir les rues de Rome et à donner des soufflets à tout passant, moyennant vingt-cinq as qu'un esclave, qui le suivait avec une bourse, *crumenam plenam assium portitans*, était chargé de remettre à chaque personne souffletée (Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, l. XX, ch. I).

la dictature de Sylla, et qui resta toujours en vigueur dans sa sphère spéciale. Elle ne concernait que trois cas d'injure par voies de fait : les coups sans blessure, les coups avec blessure, et la violation de domicile. La loi Cornélia introduisit une double action : 1° une poursuite *extra ordinem* pour obtenir une peine criminelle; 2° une action proprement dite pour obtenir une condamnation pécuniaire, dont l'estimation était toujours faite par le juge seul. Ces deux actions restaient fermées à tout autre que l'injurié lui-même, fût-il fils de famille (*Paul*, S., L. V, t. IV, § 8.— L. 5, § 6; L. 37, § 1, D., *De injuriis*, 47-10. — *Inst.*, L. IV, t. IV, *De injuriis*, § 8).

More. — Depuis la désuétude de la disposition des Douze-Tables, et pour tous les cas étrangers à la loi Cornélia, la répression de l'injure fut organisée par la coutume, sanctionnée et développée par l'édit prétorien.

Dans ce troisième système, qui est encore debout au temps de Justinien, l'injure entraîne une peine pécuniaire qui varie avec les circonstances du délit et avec le rang ou la dignité sociale de la personne injuriée. Contrairement aux décisions de la loi Cornélia, l'estimation de cette peine n'appartient jamais au juge. Elle est faite par le magistrat dans la formule, au cas d'injure grave, et par le demandeur devant le juge, au cas d'injure simple. Le juge ne peut dépasser l'estimation, mais il peut la réduire; on lit seulement dans Gaius qu'il ne se permettait pas d'user de cette faculté contre l'évaluation émanée du magistrat (*Gaius*, III, 224. — *Paul*, S., L. V, t. IV, § 7. — *Inst.*, L. IV, t. IV, *De injuriis*, § 7).

Poursuite criminelle. — Au lieu d'une condamnation pécuniaire on permit de bonne heure à l'injurié de réclamer par une poursuite *extra ordinem* l'application d'une peine criminelle. Ce ne fut là probablement qu'une généralisation du principe de la loi Cornélia. La victime du délit devait choisir entre ces deux voies, parce que l'une et l'autre tendaient au même but, c'est-à-dire *ad pœnæ persecutionem* (L. 6; L. 7, D., *De injuriis*, 47-10. — *Inst.*, L. IV, t. IV, *De injuriis*, § 10).

Il existe d'ailleurs entre ces deux moyens une différence saillante. Dans l'action pécuniaire, même fondée sur la loi Cornélia, les parties sont toujours libres de plaider par procureur. Dans l'action criminelle, il n'y a que les *illustres* ou les personnes d'un rang supérieur qui en aient reçu la faculté d'une constitution de Zénon

(*Paul*, S., L. V, t. IV, § 12. — *Inst.*, L. IV, t. IV, *De injuriis*, § 10. — L. 11, C., *De injuriis*, 9-35).

Extinction de l'action d'injure. — L'action d'injure s'éteint par le laps d'une année et par la mort de la victime ou du délinquant survenue avant la *litis contestatio ;* ces modes d'extinction ne lui sont pas particuliers.

Mais elle disparaît, en outre, par une cause absolument spéciale, qui est le pardon même tacite, *dissimulatio*. Dès lors il va de soi qu'un simple pacte de remise, une transaction, une convention quelconque peuvent l'effacer (*Gaius*, IV, 112. — L. 11, § 1 ; L. 13 ; L. 16 ; L. 17, D., *De injuriis*, 47-10. — L. 5, C., *De injuriis*, 9-35).

Bien mieux, quand l'offensé ne s'émeut pas d'une injure qu'il méprise, elle n'engendre aucune action, et le droit ne la considère plus comme un délit. Car l'honneur qui se place assez haut pour être hors de sa portée n'en reçoit aucune atteinte réelle (*Inst.*, L. IV, t. IV, *De injuriis*, § 12) (1).

QUATRIÈME SECTION.

DAMNUM LEGIS AQUILIÆ.

(*Inst.*, L. IV, t. III.)

On entend sous le nom général de *damnum injuria datum* tout dommage injustement causé par dol ou par faute à la propriété d'autrui.

Toutes les vieilles dispositions du droit romain sur ce point furent abrogées par la loi Aquilia, plébiscite voté sur la proposition du tribun Aquilius, et dont la date nous est inconnue. Cependant la paraphrase de Théophile, en le reportant à l'époque des dissensions civiles et d'une retraite des plébéiens, fait probablement allusion à l'année 367 ou 468 de Rome (Théophile, *De lege Aquilia*, § 15) (2).

Le délit prévu par la loi Aquilia présente ce caractère particu-

(1) L'*actio injuriarum* ne se donne pas seulement contre l'auteur de l'injure, elle atteint aussi tous les complices, dans la même mesure que l'auteur principal (*Inst.*, L. IV, t. IV, *De injuriis*, § 11).

(2) Quelques auteurs proposent l'année 528.

lier, qui le distingue de tous les autres, c'est qu'il ne suppose pas nécessairement une intention de nuire; il n'exige pas l'*animus delinquendi*, comme les trois précédents. Il suit de là qu'il ne fait pas encourir en général et par lui-même une répression criminelle. En outre, l'action qu'il produit a pour objet direct et principal la réparation du préjudice; elle peut néanmoins entraîner une peine accidentelle, par la manière de calculer le montant de l'indemnité, et par la faculté de l'élever au double contre le défendeur qui nie à tort, *adversus inficiantem*.

Pour conclure, le *damnum legis Aquiliæ* est un véritable délit civil, tandis que le *furtum*, la *rapina* et l'*injuria* appartiennent par leur nature au droit criminel et n'en auraient pas dû sortir (Conf., C. C., art. 1382, 1383).

§ I.

Conditions générales et formes diverses du délit de la loi Aquilia.

Conditions. — Deux conditions principales sont requises pour qu'un dommage causé à la propriété d'autrui constitue le *damnum legis Aquiliæ* (1). Le dommage doit en effet, résulter d'un fait actif et contraire au droit.

1° *Fait actif.* — Il faut d'abord que le dommage résulte d'un fait proprement dit, non d'une simple négligence; en d'autres termes, le dol ou la faute doit être *in committendo*. Car entre personnes qui ne sont pas unies par un lien préexistant d'obligation, une omission ne saurait devenir le germe d'une responsabilité légale. Nous ne devons à la propriété des tiers qu'un respect purement négatif; c'est par là surtout que la faute aquilienne se sépare de la faute contractuelle (L. 27, § 9, D., *Ad leg. Aquil.*, 9-2; — *supra*, p. 236).

2° *Dommage sans droit.* — Il faut de plus que le dommage soit causé sans droit, *damnum injuria datum*, c'est-à-dire en faisant ce qu'on n'a pas le droit de faire. La loi Aquilia ne réprime donc que

(1) La loi Aquilia ne réprime que les faits préjudiciables à autrui; ainsi, le tiers qui détruit le testament d'une personne encore vivante ou qui fait subir la castration au *servus alienus*, tout en étant passible d'autres actions, échappera certainement à l'*actio legis Aquiliæ* (L. 27, § 28; L. 41, pr., D., *Ad legem Aquil.*, 9-2).

le dol ou la faute. En conséquence, on est irresponsable de tout acte commis dans l'exercice de la légitime défense ou sous la pression d'une nécessité urgente; par exemple, si je ne peux me défendre d'un esclave ou d'un animal qu'en le tuant, je ne dois rien au propriétaire. A plus forte raison, tout cas fortuit est-il en dehors de la loi Aquilia; c'est ainsi qu'elle n'atteint pas le maître du navire qui en a coulé un autre sous l'impulsion irrésistible des vagues (L. 29, § 4, D., *Ad legem Aquil.*, 9-2. — *Inst.*, L. IV, t. III, *De lege Aquil.*, § 2).

Mais la faute la plus légère est prise ici en considération, ***in lege Aquilia, levissima culpa venit*** (L. 44, pr., D., *Ad legem Aquil.*, 9-2). Sous cet aspect, un acte même licite constitue le ***damnum legis Aquiliæ***, s'il est accompagné d'une négligence ou d'une imprudence qui le rend dommageable pour un tiers. Tel est le cas du médecin qui ne surveille pas les suites d'une opération faite sur un esclave; il répondra de sa mort. Tel est encore le cas de celui qui entreprend au-delà de sa force ou de son adresse, entre autres du chirurgien qui a mal opéré l'esclave, du muletier qui n'a pas su ou qui n'a pas pu retenir l'élan de ses mules, etc. (*Inst.*, L. IV, t. III, *De lege Aquilia*, §§ 3, 6, 7, 8) (1).

Division tripartite du damnum legis Aquiliæ. — La loi Aquilia ne prévoyait pas absolument tous les dommages ainsi causés aux tiers. Cependant elle s'appliquait à trois ordres de faits très compréhensifs, et qu'on nomme ordinairement les trois chefs de la loi Aquilia. Le premier et le troisième embrassent les atteintes matérielles portées à la propriété corporelle d'autrui. Le second, dont la désuétude est constatée par Justinien, qui n'en dit rien de plus, n'est connu que depuis la découverte des Commentaires de Gaius; il vise le cas où l'***adstipulator*** fait une acceptilation en fraude des droits du créancier principal (***Gaius***, III, 215. — *Inst.*, L. IV, t. III, *De lege Aquilia*, § 12).

Ces trois dispositions ne sont pas aussi disparates qu'on le prétend d'habitude. Il existe entre elles un lien sensible; car elles répriment, les unes le préjudice subi dans les éléments corporels du patrimoine, l'autre une forme particulière de préjudice subi dans un de ses éléments incorporels, dans une créance.

(1) Les Institutes citent, à ce sujet, une série d'exemples assez curieux pour montrer la distinction qu'il faut établir entre la faute du délinquant et l'imprudence de la victime (*Inst.*, L. IV, t. III, *De lege Aquilia*, §§ 4, 5, 6, 7, 8).

Le deuxième chef de la loi Aquilia rentre dans la théorie spéciale de l'*adstipulatio*, qui nous est suffisamment connue (*supra*, p. 80 et s.).

Le premier et le troisième subsistent seuls au temps de Justinien, et c'est uniquement sur eux que doit s'arrêter désormais notre attention.

§ II.

Premier et troisième chefs de la loi Aquilia.

La plupart des dommages que comportent les choses corporelles sont prévus dans ces deux chapitres.

Règles spéciales au premier chef. — Le premier chef de la loi concerne le meurtre de l'esclave d'autrui, ou d'un des quadrupèdes *quæ pecudum numero sunt* (*Inst.*, L. IV, t. III, *De lege Aquilia*, pr.).

Cette formule embrasse, avec les bêtes de trait ou de somme qui figurent dans la classe des *res mancipi*, les animaux des espèces ovine, caprine et porcine, même les chameaux et les éléphants, susceptibles aussi de s'apprivoiser (L. 2, D., *Ad legem Aquil.*, 9-2. — *Gaius*, III, 210. — *Inst.*, L. IV, t. III, *De lege Aquilia*, § 1) (1).

Pour l'évaluation de l'indemnité, l'esclave ou l'animal s'estime d'après la plus haute valeur qu'il a eue dans l'année qui a précédé le délit. Or le délit n'implique pas nécessairement une mort immédiate, et résulte tout aussi bien d'une blessure mortelle; dans ce dernier cas, il a pour date le jour de la blessure, non le jour de la mort. Par application de ces principes, si l'on tue un esclave devenu infirme ou boiteux par accident, et qu'il ait été d'un prix très élevé moins de douze mois auparavant, le *dominus* gagnera tout l'excédant de ce qu'il a valu sur ce qu'il valait au moment du délit (L. 21, § 1, D., *Ad legem Aquil.*, 9-2. — *Inst.*, L. IV, t. III, *De lege Aquilia*, § 9) (2).

(1) La loi, par son texte, ne vise ici que les animaux qui vivent en troupeaux, *pecudum numero*, ce qui exclut d'abord tous les animaux sauvages, et en outre, certains animaux domestiques, tels que le chien, le chat, etc. (L. 2, § 2, D., *Ad legem Aquiliam*, 9-2).

(2) Pour l'honneur de la loi romaine, il faut rappeler que le meurtre d'un esclave était distingué du meurtre d'une bête de somme ou des bestiaux, par le *judicium publicum* ou poursuite criminelle qu'il engendrait depuis la loi Cornelia et qui se cumulait avec l'action en indemnité de la loi Aquilia (*Inst.*, L. IV, t. III, *De lege Aquilia*, § 11.)

Dans tous les cas, le préjudice causé au propriétaire était largement apprécié par les jurisconsultes. Sans y faire rentrer la valeur d'affection, ils comprenaient cependant dans l'estimation toutes les pertes accessoires, et même les gains manqués. Ainsi, quand l'esclave était dû sous une clause pénale, ou qu'une hérédité lui avait été déférée, le maître avait le droit de réclamer, outre sa plus haute valeur dans l'année, tout le montant de la *pœna* qu'il allait encourir en ne le livrant pas, ou de la succession qu'il ne pouvait désormais acquérir par son intermédiaire (L. 33, pr., D., *Ad legem Aquil.*, 9-2. — *Inst.*, L. IV, t. III, *De lege Aquilia*, § 10).

Règles spéciales au troisième chef. — Le troisième chef de la loi est le seul qui ait une portée générale. Il comprend d'abord tous les dommages qui, sans entraîner la mort, atteignent l'esclave ou les animaux indiqués dans le premier chapitre, et de plus la mort, blessure, destruction ou détérioration matérielle de toute autre espèce d'animaux ou d'objets corporels sans distinction; *capite tertio de omni cætero damno cavetur* (*Inst.*, L. IV, t. III, *De lege Aquilia*, § 13).

L'indemnité se calcule sur les bases posées pour le premier chef. Seulement la chose s'estime d'après la plus haute valeur qu'elle a eue, non plus dans l'année, mais dans les trente jours immédiatement antérieurs au délit (*Inst.*, L. IV, t. III, *De lege Aquilia*, §§ 14, 15).

Règles communes aux deux chefs. — Les deux dispositions précédentes produisent une seule et même action, l'*actio legis Aquiliæ*.

Nature de l'actio legis Aquiliæ. — Quoique destinée à poursuivre simplement la réparation du préjudice causé, cette action n'est pas sans offrir un certain caractère pénal. Elle peut en effet dépasser la réparation proprement dite et produire un enrichissement pour le demandeur dans deux cas : 1° lorsque la chose a eu sa plus haute valeur dans l'année ou dans le mois qui a précédé le délit; 2° lorsque la condamnation croît au double *per inficiationem*. A ces deux points de vue, l'action *legis Aquiliæ* se trouve donc être mixte, c'est-à-dire *tam rei quam pœnæ persecutoria*. Dès lors, comme toutes les actions pénales ou mélangées d'un élément pénal, ne se donne-t-elle contre les héritiers du délinquant que jusqu'à concurrence de leur enrichissement (L. 23, § 8, D., *Ad legem Aquil.*, 9-2. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 19).

Double forme de l'actio legis Aquiliæ. — Pour que l'action prenne naissance, il faut qu'un dommage ait atteint matériellement une chose corporelle. Mais, en supposant remplie cette condition primordiale, l'action est tantôt *directa*, tantôt *utilis*.

L'action est *directa*, lorsqu'elle s'intente conformément à la lettre même de la loi Aquilia. Or la lettre ne prévoit que le *damnum corpore corpori datum*, autrement dit, le dommage causé à la chose corporelle par le fait direct et personnel de l'agent lui-même, qu'il s'aide ou non d'un instrument quelconque; par exemple, je tue votre esclave, soit en le jetant à l'eau, soit d'un coup d'épée, etc. Du reste, le texte formel de la loi n'attribue l'action qu'au propriétaire de la chose détruite ou détériorée, pourvu qu'il ait un intérêt à l'exercer; lui seul intente donc une *actio directa* (L. 11, §§ 6, 9; L. 16, D., *Ad legem Aquil.*, 9-2).

Mais en dehors de la lettre, et conformément à l'esprit de la loi, la jurisprudence étendit l'*actio legis Aquiliæ*, en qualité d'utile, à des cas où l'on ne pouvait la refuser sans une subtilité ridicule. 1° Il s'agit d'un *damnum corpori datum, non corpore*, c'est-à-dire que le dommage résulte, non du fait personnel et direct du délinquant, mais de l'action d'une autre cause qu'il s'est contenté de mettre en mouvement. Ainsi, j'excite un chien à mordre votre esclave, ou je prépare le poison qu'il boit ensuite, ou j'effarouche votre troupeau jusqu'à le pousser dans un précipice, etc. 2° Le dommage est subi par un autre que le propriétaire, notamment par un usufruitier, un usager, un créancier gagiste, un possesseur de bonne foi, etc. Dans ces hypothèses et quelques autres indiquées dans les textes l'action est *utilis* (L. 11, § 10; L. 12; L. 53, D., *Ad legem Aquil.*, 9-2. — *Inst.*, L. IV, t. III, *De lege Aquilia*, § 16).

D'ailleurs, qu'elle soit *utilis* ou *directa*, l'*actio legis Aquiliæ* a toujours le même caractère et produit en principe les mêmes résultats. Elle peut concourir avec une action contractuelle, dans toute circonstance où le débiteur qui doit, en vertu d'un contrat, me restituer ma chose, la détériore ou la détruit par un des faits précédents; je suis alors investi des deux actions, mais seulement pour obtenir le total de ce qui est compris dans l'action la plus forte (L. 7, § 8; L. 27, § 29, D., *Ad leg. Aquil.*, 9-2) (1).

(1) Que décider lorsque le fait reproché au débiteur, tout en tombant sous l'application de la loi Aquilia, n'engage pas sa responsabilité contractuelle? Les textes semblent faire une distinction; le dommage a-t-il son principe dans un fait

Dommage non prévu par la lex Aquilia. — Ni la lettre ni l'esprit de la loi Aquilia, si flexible que fût l'interprétation des jurisconsultes, ne comprenaient le dommage causé à la propriété d'autrui sans la dégrader ni la détruire. Cette loi laissait manifestement en dehors de sa sphère d'application tous les dommages qui n'atteignaient pas matériellement la chose. Par exemple, quand je coupe les liens qui retiennent un esclave enchaîné et qu'il prend la fuite, le *damnum* que je réalise n'a lieu ni *corpore* ni *corpori*; j'échappe donc à la loi Aquilia. Seulement je tombe alors sous l'application d'un système général de répression prétorienne, qui supplée à toutes les lacunes des lois. En effet lorqu'un préjudice n'est réparable par aucun autre moyen juridique le préteur donne, contre l'auteur soit l'action *de dolo* en cas de dol, soit une action *in factum* dans tout autre cas. Comme le dol ne se présume pas, l'action *in factum* est donc le moyen normal et régulier, pour obtenir la réparation de tout *damnum* étranger à la loi Aquilia. Aussi les Institutes la mentionnent-elles ici, comme le complément de l'*actio legis Aquiliæ directa* ou *utilis* (*Inst.*, L. IV, t. III, *De lege Aquilia*, § 16, *in fine*).

Mais, il ne faut pas s'y tromper, cette action *in factum* est absolument distincte de l'*actio legis Aquiliæ*. La conséquence à en tirer c'est qu'elle ne dépasse jamais le dommage subi par le demandeur et qu'elle ne peut jamais croître au double *per inficiationem*. Malgré les obscurités accumulées à tort sur ce point de doctrine, et malgré les objections qu'on a soulevées, le doute paraît impossible en présence du langage décisif des juriconsultes : *in damnis quæ lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio* (L. 33, § 1, D., *Ad legem Aquil.*, 9-2).

autorisé par le contrat, la *lex Aquilia* s'appliquera ; le dommage résulte-t-il au contraire d'un fait non autorisé par le contrat, la loi Aquilia ne s'appliquera pas (L. 27, § 29, D., *Ad leg. Aquil.*, 9-2 ; L. 47, § 1, D., *Pro socio*, 17-2 ; L. 13, §§ 4, 5, D., *Locati conducti*, 19-2).

CHAPITRE XXI.

QUATRIÈME SOURCE DES OBLIGATIONS.

QUASI-DÉLITS.

(*Inst.*, L. IV, t. V.)

Sans revenir sur la distinction déjà faite entre les délits et les quasi-délits nous rappellerons seulement que le quasi-délit est tout fait illicite et préjudiciable, commis ou non avec l'intention de nuire et qui n'a été spécialement ni prévu ni réprimé par l'ancien droit civil.

Justinien signale quatre exemples de cette quatrième source d'obligation. Tous les quatre donnent naissance à des actions prétoriennes *in factum*.

I. — ***Juge qui litem suam facit.*** — Le juge peut se trouver obligé en vertu d'une sentence qu'il a rendue; c'est lorsque : 1° par dol, c'est-à-dire par corruption, par faveur ou par haine, il a jugé contrairement au droit; 2° par dol ou par simple faute, il a dépassé les pouvoirs que lui conférait la formule; 3° par ignorance, il a violé la loi (*Gaius*, IV, 52. — L. 15, § 1, D., *De judiciis*, 5-1; L. 6, D., *De extraord. cognit.*, 50-13).

Le juge s'approprie alors pour ainsi dire, le procès qu'il a mal tranché; *litem suam facit*, disent les textes avec cette énergie et ce bonheur de langage si remarquables dans les monuments de la jurisprudence romaine. Bref, il doit réparer le dommage qu'il a causé. La condamnation est laissée à l'appréciation d'un *judex* devant qui est renvoyé le délinquant (*Inst.*, L. IV, t. V, *De oblig. quasi ex delict.*, pr.) (1).

On pourrait objecter que les sentences vénales ou formellement contraires à la loi sont nulles de plein droit, et que l'appel est permis pour les autres. Mais ces ressources peuvent manquer à la partie injustement condamnée; tel est le cas où l'action temporaire par elle intentée se trouve désormais éteinte, le cas où les délais

(1) Du reste, cette obligation grève personnellement le juge qui *litem suam fecit*, il en résulte que le père de famille ne saurait être responsable de la faute commise par son fils *judex* et que l'action ne s'intente pas contre les héritiers (L. 15; L. 16, D., *De judiciis*, 5-1).

juge qui litem suam facit.

d'appel sont expirés, etc. D'ailleurs, si la partie triomphante n'a pas commis de dol, le plaideur sacrifié ne serait pas admis à lui réclamer des dommages-intérêts pour les ennuis de nouvelle instance ou d'appel que la mauvaise sentence occasionne; or il est de toute justice que ces dommages-intérêts soient exigés du juge. La victime de la sentence injuste a donc le droit de poursuivre le *judex* tout en continuant la lutte contre son adversaire devant une autre juridiction.

II. — *Actio de effusis vel dejectis.* — Lorsque d'une maison habitée, on a jeté ou répandu sur la voie publique des choses qui par leur chute causent un préjudice à autrui, l'habitant de la maison ou de l'appartement, en cette seule qualité, peut être poursuivi par une action prétorienne *in factum*, l'action de *de effusis vel dejectis* (L. 1, §§ 1, 2; L. 6, § 2, D., *De his qui effud. vel dejec.*, 9-3) (1).

Le montant de la condamnation varie suivant les hypothèses. Si c'est une *res* qui a été endommagée, et par *res* on entend les choses inanimées et les esclaves et les animaux, l'indemnité aura pour objet le double du préjudice causé. Si c'est un homme libre qui a été atteint, on fait une nouvelle distinction; n'a-t-il été que blessé, la condamnation sera évaluée *ex æquo et bono* par le juge; a-t-il été tué, la peine est invariablement fixée à cinquante *aurei* et dans ce dernier cas, l'action est annale et populaire (L. 5, § 5, D., *De his qui effud. vel dejec.*, 9-3. — *Inst.*, L. IV, t. V, *De oblig. quasi ex delict.*, § 1) (2).

III. — *Actio de suspensis.* — Lorsqu'un objet a été placé ou suspendu dans des conditions telles qu'il est exposé à tomber en un lieu où tout le monde peut passer, l'habitant de l'appartement est passible à ce titre de l'action *de suspensis*. Cette action qui est encourue, alors même que l'objet ne serait pas tombé, tend à une condamnation fixe de dix sous d'or; elle appartient à tous ceux qui peuvent postuler en justice, aussi la qualifie-t-on d'*actio popularis* (L. 5, § 13, D., *De his qui effud. vel dejec.*, 9-3. — *Inst.*, L. IV, t. V, *De oblig. quasi ex delict.*, § 1).

Il faut remarquer, à propos des deux quasi-délits qui précèdent,

(1) Dans le cas où la maison est habitée par plusieurs personnes, toutes sont tenues et peuvent être condamnées; mais un seul paiement libère tous les autres, c'est un cas de solidarité simple (L. 1, § 10, D., *De his qui effud. vel dejec.*, 9-3; — *supra*, p. 68).

(2) Si l'auteur du fait était connu, il pourrait être passible de l'*actio legis Aquiliæ*.

que lorsque la maison est habitée par une personne *alieni juris*, par exemple par un *filiusfamilias*, le fils seul est tenu, le père ne peut être poursuivi ni *de peculio* ni *noxaliter* pourvu qu'il n'y habite pas avec son fils (*Inst.*, L. IV, t. V, *De oblig. quasi ex delict.*, § 2).

IV. — *Responsabilité des maîtres de navires et des hôteliers.* — Les maîtres de navires, *exercitores navium*, les aubergistes ou hôteliers, *exercitores cauponæ aut stabuli*, sont responsables des vols ou dommages commis par leurs serviteurs ou employés au préjudice des passagers ou voyageurs. Leur responsabilité tient à ce qu'ils sont considérés comme étant en faute d'avoir pris ou gardé à leur service des gens malhonnêtes, *quod opera malorum hominum uterentur*. Ils peuvent en conséquence être poursuivis par une action *in factum* qui se donne au double; cette action est transmissible activement aux héritiers du demandeur, mais elle ne passe pas contre les héritiers du défendeur (L. 1, pr., §§ 1, 2, 6, D., *Furti adv. naut.*, 47-5. — *Inst.*, L. IV, t. V, *De oblig. quasi ex delict.*, § 3. — Conf., C. C., art. 1384, 1953, 1954).

Si le délinquant est connu, il pourra être poursuivi par les actions nées du délit par lui commis; mais il va sans dire que la personne lésée ne peut pas cumuler les deux poursuites, poursuivre à la fois l'*exercitor* et l'auteur du délit (L. 1, § 3, D., *Furti adv. naut.*, 47-5).

CHAPITRE XXII.

NOTIONS GÉNÉRALES SUR L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

(*Inst.*, L. III, t. XXIX.)

Les obligations, on le sait déjà, ne s'éteignent que par des modes légalement déterminés; un laps de temps quelconque ne suffit pas à les détruire *jure civili*. Elles sont perpétuelles de leur nature, comme la propriété. Toutefois une différence profonde les sépare du *dominium*; c'est que, l'obligation une fois née, l'extinction en est naturelle et nécessaire, tandis que l'extinction de la propriété est un accident assez rare; la propriété se transmet d'ordinaire sans s'éteindre (L. 44, § 1, D., *De oblig. et act.*, 44-7. — Conf., C. C., art. 1234-1315).

Les modes d'extinction des obligations sont *civils* ou *prétoriens*. On retrouve ici le célèbre dualisme qui se rencontre à peu près dans toutes les branches de la législation romaine. Lorsque l'obligation s'éteint en vertu d'un mode du droit civil, on dit qu'elle s'éteint *ipso jure;* quand elle disparaît en vertu d'un mode prétorien, on dit qu'elle s'éteint *exceptionis ope*.

L'intérêt pratique de cette distinction n'est pas sans importance; il se manifeste notamment à trois points de vue :

1° Le mode d'extinction civil opère *erga omnes;* par exemple, en matière de corréalité, il est généralement ouvert à tous les codébiteurs, contre tous les créanciers; tous les intéressés peuvent l'invoquer. Au contraire, il arrive assez généralement que le droit d'invoquer un mode d'extinction prétorien n'appartient qu'à certains intéressés ou n'est donné que contre quelques-uns d'entre eux seulement (L. 43, D., *De solut.*, 46-3).

2° Au point de vue de la procédure, le mode civil opère *ipso jure*, le mode prétorien *exceptionis ope*. En d'autres termes, le mode du droit civil rentre dans les moyens directs de défense, et l'on est toujours admis à s'en prévaloir devant le juge, *in judicio*, sans que la formule d'action délivrée par le magistrat y fasse aucune allusion. Au contraire, s'agit-il d'une libération prétorienne, elle doit être invoquée *in jure* et le juge n'en tient compte que si le magistrat l'en a chargé par une clause ajoutée à la formule, et qu'on appelle exception. Après l'abolition du système formulaire, cette différence ne disparaît pas complètement; car la défense directe est valablement invoquée jusqu'à la sentence, et l'on en doit dire autant de certaines exceptions qualifiées de péremptoires, toujours est-il que d'autres exceptions, qualifiées de dilatoires, ne sont efficaces qu'autant que les plaideurs s'en sont prévalus au début de l'instance, *in limine litis* (L. 8; L. 12, C., *De exceptionibus*, 8-36).

3° L'extinction civile est définitive et irrévocable; l'obligation ainsi éteinte ne revit plus. Au contraire, l'extinction prétorienne paralyse l'obligation et la rend inerte plutôt qu'elle ne la supprime; le droit pourra donc se réveiller plus tard, si quelque pacte postérieur vient effacer ce qu'avait fait un pacte précédent (L. 27, § 2, D., *De pactis*, 2-14).

Le titre des Institutes (*Quibus modis obligatio tollitur*) ne s'occupe pas des modes d'extinction prétoriens, dont les principaux sont : le pacte *de non petendo*, le pacte de constitut, le serment, et

sous bien des réserves, la compensation. Il sera traité des trois derniers sur les points du titre des actions où Justinien les expose; quant au pacte de remise, le parallèle en sera facile avec l'acceptilation. Nous restons donc en présence des seuls modes civils d'extinction.

Il n'en est énuméré que quatre dans les Institutes; ce sont : le paiement, la novation, l'acceptilation et le *contrarius consensus*. Ils priment tous les autres par l'importance et présentent ce caractère commun, qu'ils dérivent tous de la volonté des parties.

Les modes du droit civil se subdivisent d'ailleurs en modes généraux ou spéciaux. Les premiers sont ceux qui s'appliquent à toutes les obligations, sans distinction d'origine ou de nature; les autres ne peuvent s'appliquer qu'à une certaine classe d'obligations déterminées.

CHAPITRE XXIII.

MODES GÉNÉRAUX D'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

Les modes généraux que mentionnent les Institutes sont le paiement et la novation; on peut encore en citer d'autres moins importants : la *capitis deminutio*, la *litis contestatio*, la prescription extinctive et la confusion.

PREMIÈRE SECTION.

PAIEMENT.

(*Inst.*, L. III, t. XXIX, pr.)

La même idée métaphorique qui a donné le mot *obligatio* pour signifier un engagement juridique, a fourni également le mot *solutio* pour en exprimer la rupture civile; dans un sens très général, *solutio* désigne donc une libération quelconque. En se rétrécissant, le même terme n'embrasse plus que les actes qui mettent fin à l'obligation par une satisfaction procurée au créancier. Enfin, dans sa portée la plus technique, il s'applique exclusivement à la libération la plus naturelle de toutes, à celle que le débiteur obtient en s'exé-



cutant (L. 54, D., *De solutionibus*, 46-3; L. 176, D., *De verb. sign.*, 50-16).

A ce dernier point de vue, qui sera désormais le nôtre, la *solutio* ou paiement peut se définir : l'extinction de l'obligation par l'accomplissement de ce qui est dû. Suivant que l'obligation était *ad dandum, ad præstandum, ad faciendum*, payer sera *dare, præstare, facere* (Conf., C. C., art. 1235-1264).

§ I.

Capacité requise en matière de paiement.

Les conditions exigées pour faire ou recevoir un paiement valable sont faciles à déterminer.

Personnes capables de payer. — En principe, toute personne a le droit de payer. Cette règle comprend donc : 1° le débiteur lui-même; 2° les coobligés principaux ou accessoires tels qu'un débiteur *correus* ou un fidéjusseur; 3° un tiers étranger à la dette; il peut payer, même à l'insu ou contre le gré du débiteur, pourvu qu'il agisse en parfaite connaissance de cause, sans quoi la *condictio indebiti* lui serait évidemment ouverte (*Inst.*, L. III, t. XXIX, *Quibus modis oblig. toll.*, pr. — Conf., C. C., art. 1236).

En supposant cette condition remplie, le paiement émané d'un tiers éteint la créance, mais laisse en quelque sorte subsister la dette; car le tiers, à moins qu'il n'ait agi *animo donandi* ou malgré l'opposition du débiteur, *invito reo*, pourra recourir contre ce dernier, soit par l'action primitive, si elle a fait l'objet d'une cession expresse ou tacite, soit en tout cas par les actions de mandat ou de gestion d'affaires (L. 19, § 1; L. 65, § 9, D., *De condict. indeb.*, 12-6 ; L. 40, D., *De solutionibus*, 46-3).

Cette faculté générale de payer est néanmoins soumise à quelques restrictions.

1° Quiconque paie doit avoir la capacité de rendre sa condition pire; sinon le paiement est nul. Quand il consiste à *dare*, la nullité autorise la répétition par des voies qui nous sont déjà connues. Quand il consiste dans un fait actif ou passif, la nullité procure à l'incapable le droit d'obtenir une indemnité par une *condictio sine causa* (*Inst.*, L. II, t. VIII, *Quibus alienare licet*, § 2, *in fine*. — Conf., C. C., art. 1238. — *Voir* t. I, p. 237).

2° S'agit-il spécialement d'une obligation de *dare*, la validité du paiement suppose de plus chez le *solvens* la propriété de ce qu'il livre, ou le mandat du propriétaire. Emané d'un *non dominus*, le paiement se trouvera pourtant valable, du jour où la revendication contre le créancier ne sera plus possible, après l'achèvement de l'usucapion à son profit, ou la ratification du *dominus*, etc. (L. 14, § 8; L. 60; L. 78, D., *De solut.*, 46-3. — Conf., C. C., art. 1238).

3° S'agit-il spécialement d'une obligation de faire, il résultera souvent des circonstances que les parties ont eu en vue le fait personnel du débiteur, et personne ne pourra alors le remplacer. Quant aux obligations de ne pas faire ou de s'abstenir, elles ne sont évidemment exécutables que par le débiteur lui-même (L. 49, § 2, D., *De verb. oblig.*, 45-1; L. 31, D., *De solut.*, 46-3. — Conf., C. C., art. 1237).

Personnes capables de recevoir le paiement. — Le créancier capable ou des tiers autorisés par lui ont seul le droit de recevoir le paiement.

Le créancier, pour le recevoir valablement, doit avoir la capacité de rendre sa condition pire; car il aliène sa créance. S'il est incapable, son action ne s'éteint pas; l'exercice lui en reste possible, déduction faite de son enrichissement, et d'après les règles déjà posées à cet égard (L. 4, § 4, D., *De doli mal.*, 44-4; L. 15, D., *De solut.*, 46-3. — *Inst.*, L. II, t. VIII, *Quibus alienare licet*, § 2. — Conf., C. C., art. 1241. — *Voir* t. I, p. 101).

Un tiers est autorisé à recevoir le paiement, quand il en a reçu la faculté de la volonté du créancier, comme un mandataire, ou de la loi, comme un tuteur ou un curateur. Quelquefois le contrat lui-même l'a désigné, et l'une des parties ne peut alors le dépouiller de sa qualité, sans le consentement de l'autre; c'est le cas de l'*adjectus solutionis gratia* (L. 49, D., *De solut.*, 46-3).

Fait à un tiers non autorisé, le paiement n'est pas libératoire, à moins que ce tiers n'ait eu des pouvoirs qui ont cessé à l'insu du débiteur. Mais si le créancier en profite ou le ratifie, un tel paiement est validé après coup (L. 34, § 4, D., *De solut.*, 46-3. — L. 12, C., *De solut.*, 8-43. — *Inst.*, L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 10. — Conf., C. C., art. 1239).

§ II.

Objet, circonstances, effets du paiement.

Pour être régulier, le paiement doit offrir certains caractères qu'il faut indiquer.

Objet. — Le paiement doit avoir le *même objet* que l'obligation, c'est-à-dire consister dans la prestation due; le créancier n'est pas tenu d'accepter autre chose (L. 2, § 1, D., *De rebus creditis*, 12-1. — L. 16, C., *De solutionibus*, 8-43. — Conf., C. C., art. 1243) (1).

Cette règle n'offre point de difficultés pour les corps certains, ni pour les obligations de faire ou de ne pas faire. Mais à l'égard des obligations de choses fongibles, peut-être faut-il distinguer entre les obligations de bonne foi et les obligations de droit strict. Le débiteur tenu d'une obligation *bonæ fidei* n'est pas tenu de livrer des choses de la meilleure qualité, mais n'en peut imposer de la plus mauvaise; le débiteur obligé *stricto jure* se libère au contraire en payant même le *pessimum genus* (L. 52, D., *Mandati*, 17-1; L. 72, D., *De solut.*, 46-3. — Conf., C. C., art. 1246).

Le paiement doit être *intégral*, c'est-à-dire comprendre à la fois toute la prestation due en vertu de la cause d'obligation qu'il s'agit d'éteindre. Il importe peu à cet égard que la dette soit divisible ou non. S'il plaît d'ailleurs au créancier d'accepter un paiement partiel, sa créance s'éteint dans la mesure de ce qu'il reçoit (L. 3, D., *Famil. erciscund.*, 10-2; L. 41, § 1, *De usuris*, 22-1. — Conf., C. C., art. 1244).

Ce principe subit quelques exceptions, notamment dans les hypothèses du bénéfice de division et du bénéfice de compétence. Mais le paiement qu'un héritier fait ou reçoit pour sa part héréditaire est absolument conforme à la règle, puisqu'il supprime toute sa dette ou toute sa créance (L. 25, D., *De solut.*, 46-3).

Temps et lieu. — Les parties fixent à leur gré les circonstances de temps et lieu du paiement.

Pour le temps, il suffit de se rappeler les influences diverses du terme et de la condition (*supra*, p. 47, 58).

(1) Il n'en est autrement que dans le cas où le *reus* s'est réservé par une *facultas solutionis* le droit de yer autre chose que la *res debita*.

Pour le lieu, s'il n'est indiqué par une convention expresse ou tacite, c'est la nature de l'obligation qui le détermine. La dette de corps certain est payable à l'endroit où se trouvait l'objet, soit au jour de la naissance de l'obligation, soit au jour de la *litis contestatio*; les dettes de genre sont généralement payables au domicile du débiteur. Quant aux créances de faits, il est des cas où le créancier choisit lui-même le lieu de l'exécution (L. 47, pr., D., *De legatis*, 1°, 30; L. 12, § 1, D., *Depositi.*, 16-3; L. 19, §§ 1, 2, 4, D., *De judiciis*, 5-1; L. 21, D., *De operis libert.*, 38-1. — Conf., C. C., art. 1247).

Effets du paiement. — Le paiement régulier éteint radicalement l'obligation, et du même coup fait disparaître tous les droits accessoires qui n'avaient d'autre but que d'en assurer l'exécution, par exemple la fidéjussion, le gage, les hypothèques. En outre, le cours des intérêts s'arrête, et le débiteur est libéré de la garde ou des risques de la chose (L. 43, D., *De solut.*, 46-3).

Imputation des paiements. — Il peut arriver qu'un même débiteur, tenu envers le même créancier de plusieurs obligations semblables par leur objet, fasse un paiement insuffisant pour les acquitter toutes. Cette hypothèse qui est surtout applicable aux dettes d'argent donne lieu à l'imputation des paiements.

Dans le silence des deux parties, on impute alors la quantité payée : 1° sur les intérêts avant le capital; 2° sur la dette échue; 3° entre dettes pareillement échues, sur la plus onéreuse; 4° entre dettes pareillement onéreuses, sur la plus ancienne en date; 5° quand la date est unique, sur toutes proportionnellement (L. 1; L. 97; L. 103, D., *De solut.*, 46-3. — L. 1, C., *De solut.*, 8-43. — Conf., C. C., art. 1256, 1908).

D'ailleurs, si le débiteur indique quelle est la dette qu'il veut éteindre, cette indication sera respectée. A son défaut, le créancier jouit de la même faculté d'imputation, pourvu qu'il ne fasse pas un choix préjudiciable au débiteur (L. 1; L. 2; L. 3, pr., D., *De solut.*, 46-3. — Conf., C. C., art. 1253, 1254, 1255).

§ III.

Des offres et de la dation en paiement.

Deux situations spéciales sont à prévoir.

Oblatio rei debitæ. — Quand le créancier refuse un paiement qui lui est régulièrement offert, il ne faut pas que le débiteur souffre de ce caprice, et la jurisprudence lui donne un moyen de se libérer quand même (Conf., C. C., art. 1257-1264).

Devant témoins, il offre au créancier tout ce qui lui est dû, avec toutes les conditions requises pour la validité du paiement. Si le créancier persiste dans son refus, le débiteur dépose la somme ou la chose mobilière, autant que possible cachetée et scellée, dans un endroit que le magistrat lui désigne, le plus souvent dans un temple (*apud ædem sacram*). En l'absence du créancier, le débiteur obtient du magistrat dispense des offres et fait directement le dépôt. Si la chose due est un immeuble, il y a lieu sans doute à l'organisation d'un séquestre (L. 6; L. 19, C., *De usuris*, 4-32; L. 1, C., *De susceptoribus*, 10-70).

Ces formalités, *oblatio*, *obsignatio*, *depositio*, produisent les mêmes effets qu'un paiement régulier; elles libèrent le débiteur et les coobligés, éteignent les garanties accessoires, arrêtent les intérêts et mettent la chose aux risques du créancier (L. 56, § 1, D., *Mandati*, 17-1. — L. 9, C., *De solut.*, 8-43. — Conf., C. C., art. 1257).

Datio in solutum. — Il y a *datio in solutum*, lorsqu'une dette s'éteint par l'accomplissement d'une prestation autre que celle qui était due. Cette opération concerne ordinairement les obligations de donner; de là son nom (*Inst.*, L. III, t. XXIX, *Quibus modis oblig. toll.*, pr. — Conf., C. C., art. 1243).

La dation en paiement suppose le consentement du créancier qui ne peut pas être obligé de recevoir autre chose que ce qui lui est dû. Cependant, par une exception remarquable, Justinien décida que le débiteur, hors d'état de payer en argent, pourrait offrir son meilleur immeuble, dont l'estimation serait confiée au juge (Nov. 4, ch. 3).

Les effets de la dation en paiement avaient fait naître une controverse entre les deux écoles. Dans l'opinion des Proculiens, elle ne supprimait pas la créance de plein droit, mais seulement *excep-*

tionis ope, ce qui revient à dire que l'action du créancier était simplement paralysée par une exception de dol; cette doctrine semble rigoureusement conforme au résultat normal du pacte de remise *ex intervallo* que renferme la *datio in solutum* (*Gaius*, III, 168; — *supra*, p. 211).

Les Sabiniens, fidèles à leur tendance de rapprocher entre eux les actes analogues, assimilaient au paiement la dation en paiement et la considéraient comme extinctive *ipso jure*. C'est leur théorie qui a prévalu. Elle est également justifiable; car au fond le créancier, en acceptant une chose pour une autre, opère une sorte de novation de la dette par changement d'objet, et la *datio in solutum* constitue dès lors une *solutio* directe (L. 17, C., *De solut.*, 8-43. — *Inst.*, L. III, t. XXIX, *Quibus modis oblig. toll.*, pr.).

La théorie de la *datio in solutum* soulève encore une question intéressante que les textes laissent indécise. — Supposons le créancier évincé de la chose reçue en paiement. De l'avis de tous, un recours lui est ouvert contre le débiteur; mais par quelle action s'exerce ce recours? Il s'éleva sur ce point un débat célèbre. Ulpien ne donne au créancier que l'action *utilis ex empto*, comme s'il avait acheté la chose pour la valeur de ce qui lui était dû (L. 24, D., *De pignerat. act.*, 13-7). Marcien lui accorde, au contraire, l'action originaire de sa créance; en effet, le paiement lui-même ne l'aurait éteinte qu'à la condition de mettre le créancier à l'abri de toute éviction, et la dation en paiement ne saurait être plus efficace que le paiement (L. 46, pr., § 1, D., *De solut.*, 46-3).

L'intérêt de la controverse se révèle à deux points de vue principaux. D'un côté, l'action *utilis ex empto* procure au créancier le prix de la chose lors de l'éviction, inférieur ou supérieur au montant de la créance elle-même et fait disparaître les garanties accessoires, telles que fidéjussion, gage ou hypothèque. D'un autre côté, l'action originaire lui fait obtenir le chiffre tel quel de l'obligation, et lui conserve le droit de se prévaloir des garanties qui assuraient le paiement de la dette. La seconde décision est évidemment plus exacte en théorie; mais la première a pour elle l'avantage pratique de maintenir envers les tiers les résultats accomplis de la *datio in solutum*. Malgré diverses tentatives de conciliation, on doit croire à la contrariété réelle de ces deux solutions. Dire laquelle des deux a triomphé ne paraît pas facile; car les constitutions impériales s'inspirent tantôt de l'une et tantôt de

l'autre (L. 17, C., *De solutionibus*, 8-43; L. 4, C., *De evictionibus*, 8-45. — Conf., C. C., art. 2038).

DEUXIÈME SECTION.

NOVATION.

(*Inst.*, L. III, t. XXIX, § 3.)

La novation est la substitution conventionnelle d'une dette nouvelle à une dette préexistante qui est éteinte, ***est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio*** (L. 1, D., *De novationibus*, 46-2).

Par l'une de ces faces, la novation est extinctive; par l'autre, elle est créatrice. Mais, quoiqu'elle puisse éteindre toute obligation préexistante, elle ne peut créer à sa place une obligation quelconque, ainsi qu'on va le voir (Conf., C. C., art. 1271-1281) (1).

§ I.

Éléments constitutifs de la novation.

La novation requiert quatre conditions générales : 1° un mode déterminé; 2° une obligation antérieure; 3° une obligation nouvelle; 4° un élément nouveau.

1° *Mode déterminé.* — Dans l'ancien droit, il fallait l'emploi d'un mode déterminé, qui n'était autre que la stipulation. Y avait-il une formule sacramentelle pour nover, comme il y en avait pour la corréalité, pour l'*adstipulatio*, pour l'*adpromissio?* L'affirmative est probable. Mais la nécessité d'une stipulation ne doit faire l'objet d'aucun doute pour l'ancien droit; Gaius et les textes du Digeste n'indiquent, en effet, que ce moyen de nover (*Gaius*, II, 38; III, 176-179).

Cependant le contrat *litteris* pouvait arriver au même but au moins dans le cas particulier de la délégation. Cette théorie spéciale sera développée à part (*infra*, p. 285).

(1) On oppose souvent à la novation ordinaire ou *volontaire* une autre espèce de novation dite *judiciaire* ou nécessaire et qui résulte de la *litis contestatio;* il en sera traité plus loin sur la théorie des actions.

Vers la fin de l'époque classique, la question de forme n'a plus la même importance; c'est la volonté de nover qui devient la condition prépondérante, sous le nom d'*animus novandi*. Elle supplée à l'irrégularité de la formule, et nulle formule régulière ne peut la suppléer elle-même. La recherche de l'intention des parties engendrait en fait de nombreuses difficultés; Justinien les trancha en exigeant que cette intention fût toujours expresse, faute de quoi la novation ne se produisait pas et la nouvelle obligation s'ajoutait à l'ancienne, au lieu de la supprimer (*Inst.*, L. III, t. XXIX, *Quibus mod. oblig. toll.*, § 3. — L. 8, C., *De novat.*, 8-42. — Conf., C. C., art. 1273).

Pour conclure, la novation exige en principe une formule, très vraisemblablement solennelle dans le droit ancien, et seulement explicite dans le droit de Justinien.

D'autres transformations de dettes sont possibles, et l'on en a déjà rencontré des exemples; mais elles restent en dehors de la novation (*supra*, p. 118).

2° *Obligation à éteindre.* — Il faut une obligation antérieure qui puisse servir de base à la novation. Il importe peu qu'elle soit civile, prétorienne ou naturelle, peu importe aussi la source qui lui a donné naissance. On admet de même sans difficulté la novation d'une dette à terme, et cette faculté s'est étendue jusqu'aux dettes conditionnelles ou futures. Dans ces dernières hypothèses, si l'obligation ne prend pas naissance, rien n'aura été fait; la novation reste affectée de la même incertitude que le droit qui en est l'objet (L. 5; L. 14, § 1, D., *De novat.*, 46-2).

Lorsqu'il n'y a pas de dette pour servir de fondement à l'opération, il est évident que la novation ne s'opère pas. Mais on se rappelle que la *causa civilis* d'une stipulation se trouve dans les paroles prononcées, abstraction faite du but visé par les contractants. Dès lors, la stipulation intervenue pour nover une dette qui n'existait pas produit quand même son effet immédiat et oblige son auteur; il suffit que la formule employée détermine l'objet qu'il devra. Seulement, si la promesse actuelle est le résultat d'une erreur, on investira le promettant d'une *condictio sine causa* contre la personne dont il se croyait le débiteur (L. 13, D., *De novat.*, 46-2).

3° *Obligation nouvelle.* — Il faut qu'une obligation nouvelle naisse directement de la stipulation.

Car, en premier lieu, s'il ne se formait pas une créance pour

remplacer la précédente, l'extinction de celle-ci manquerait de cause. Par conséquent, si la seconde est affectée d'une condition suspensive, la novation ne s'opère qu'après l'accomplissement de la modalité (1). Il est d'ailleurs indifférent que la dette soit civile, prétorienne ou naturelle; ainsi, quand un pupille agissant sans l'*auctoritas tutoris* me promet ce qui m'est dû par quelqu'un, il y a novation (*Inst.*, L. III, t. XXIX, *Quibus modis obl. toll.*, § 3).

Mais il est indispensable en second lieu que l'obligation provienne directement de la stipulation. C'est pour cette raison que la promesse quelconque d'un esclave, ou la promesse faite par un pérégrin dans la forme *spondes*, *spondeo*, n'emportent jamais novation; car ces promesses ne sauraient valoir qu'à titre de pactes, or un simple pacte ne peut pas produire novation (*Gaius*, III, 176, 179. — *Inst.*, L. III, t. XXIX, *Quibus modis obl. toll.*, § 3, *in fine*).

4° *Élément nouveau.* — Il faut enfin que l'obligation formée par la stipulation contienne quelque chose de nouveau, *aliquid novi*, c'est-à-dire diffère de l'ancienne dette par un élément suffisamment important pour amener la transformation juridique de l'obligation antérieure. Cette quatrième condition sera mieux comprise quand on connaîtra les effets de la novation.

§ II.

Capacité requise pour nover.

La capacité exigée des parties pour faire novation est plus ou moins rigoureuse suivant qu'on l'examine chez le stipulant ou chez le promettant (Conf., C. C., art. 1272).

I. — Le rôle de stipulant n'est personnellement accessible qu'au créancier capable de recevoir un paiement, c'est-à-dire de rendre sa condition pire en éteignant sa première créance. *Cui recte solvitur, is etiam novare potest* (L. 10, D., *De novat.*, 46-2).

En conséquence, la novation peut être faite par l'*adstipulator*; elle peut aussi émaner de l'un des *correi stipulandi*, bien que le droit de nover leur ait été contesté à l'origine (L. 31, § 1, D., *De novat.*, 46 2. — *Contra*, L. 27, pr., D., *De pactis*, 2-14).

(1) Telle était du moins la doctrine qui avait prévalu, mais Gaius nous apprend que certains jurisconsultes avaient prétendu que la novation devait alors produire un effet immédiat, définitif et pur et simple (*Gaius*, III, 179).

Il en est de même du *procurator omnium bonorum*, du tuteur, du pupille ou du curateur d'un fou ou d'un prodigue pourvu que la novation soit avantageuse à l'incapable; toutefois et par exception à la règle générale, l'*adjectus solutionis gratia* ne pourrait pas nover la créance parce que son mandat se borne à recevoir le paiement (L. 10; L. 20, § 1; L. 34, § 1, D., *De novat.*, 46-2).

Le pupille, le prodigue interdit et, dans le dernier état du droit, le mineur de vingt-cinq ans ne peuvent en principe nover, car, en consentant à l'extinction de la première obligation, ils font leur condition pire; cependant les jurisconsultes de l'époque classique admettaient la novation toutes les fois qu'elle avait pour effet d'améliorer leur situation juridique dans telle hypothèse donnée, par exemple, en changeant l'obligation naturelle dont ils étaient créanciers en une obligation civile (L. 3, D., *De novat.*, 46-2).

Les individus *alieni juris* et spécialement le fils de famille et l'esclave ont le droit de faire novation sur l'ordre du chef de famille, *jussu patris vel domini*. Il est même à remarquer que cette autorisation était toujours présumée quand la créance faisait partie du pécule, et que la *libera peculii administratio* leur avait été concédée (L. 16; L. 25; L. 34, pr., D., *De novat.*, 46-2).

II. — Le rôle de promettant, pour nover sa propre dette ou la dette d'autrui, est accessible à tous ceux qui peuvent s'obliger au moins naturellement par la forme du contrat verbal.

Il suffit en effet qu'une obligation naturelle puisse prendre naissance *animo novandi*; aussitôt la novation est réalisée et la première obligation civile est éteinte. En conséquence, le pupille qui n'est pas muni de l'*auctoritas* de son tuteur peut très valablement nover sa dette. Il n'est même pas nécessaire, quand on veut nover la dette d'un tiers, d'avoir son consentement ou d'agir en qualité de mandataire; de même qu'on peut payer la dette d'autrui *invito debitore*, de même aussi, on peut la nover malgré le débiteur (*Gaius*, III, 176. — L. 3; L. 8, § 5, D., *De novat.*, 46-2. — *Inst.*, L. III, t. XXIX, *Quibus modis oblig. toll.*, § 3. — Conf., C. C., art. 1274).

§ III.

Effets de la novation.

Les effets de la novation considérée en elle-même n'offrent aucune difficulté; car ils sont analogues à ceux d'un paiement. La novation éteint donc *ipso jure* l'obligation antérieure, avec les sûretés accessoires qui la garantissaient, fidéjussions, hypothèques ou gages; *novatione tollitur obligatio* (*Inst.*, L. III, t. XXIX, *Quibus modis obl. toll.*, § 3) (1).

Par suite, elle arrête aussi le cours des intérêts, purge la demeure, empêche la clause pénale (*stipulatio pœnæ*) de se réaliser et enlève au débiteur le droit d'opposer au créancier les diverses exceptions qui pouvaient paralyser la première dette (L. 2; L. 18; L. 19; L. 29, D., *De novationibus*, 46-2. — Conf., C. C., art. 1278).

Mais la novation ne produit ces résultats extinctifs qu'à la condition de créer une obligation distincte de la précédente par quelque caractère marqué. En d'autres termes, les effets de la stipulation *animo novandi* sur l'ancienne dette dépendent de ses effets sur la nouvelle. Ces deux points de vue sont donc inséparables. Or quelles différences seront assez graves, entre les deux obligations, pour entraîner novation? Quel élément nouveau faut-il exiger? On distingue à cet égard deux grandes hypothèses, la novation par changement de personnes ou *subjective*, la novation sans changement de personnes ou *objective*.

Novation par changement de personnes. — L'élément nouveau est manifeste, lorsqu'il y a changement de créancier ou de débiteur; le droit classique et le droit de Justinien sont d'accord sur ce point.

I. — La novation par changement de créancier s'opère en promettant à Titius ce qu'on doit à Seius. Elle peut avoir pour but ou de faire une donation à Titius ou de libérer Seius vis-à-vis de Titius; dans tous les cas, elle constitue l'une des deux manières de réaliser

(1) Les parties pourraient cependant, à l'aide d'un pacte *in continenti* ajouté à la stipulation faite *novandi animo*, réserver les droits de gage ou d'hypothèque et même les engagements personnels des *adpromissores* dans le cas où ceux-ci consentiraient à renouveler leur promesse (L. 11, § 1, D., *De pign. act.*, 13-7; L. 21, pr., D., *Qui potiores*, 20-4. — Conf., C. C., art. 1278, 1281).

indirectement une cession de créance dans le droit romain ; à ce point de vue, elle fera l'objet d'explications séparées (*Gaius*, II, 38).

II. — La novation par changement de débiteur joue le rôle d'un paiement; car elle libère l'ancien obligé. Seulement la valeur fournie au créancier pour obtenir cette libération, au lieu d'être la prestation due, consiste dans l'engagement du nouvel obligé (*Inst.*, L. III, t. XXIX, *Quibus modis oblig. toll.*, § 3).

Cette novation apparaît sous deux formes diverses : l'*expromissio* et la *délégation*.

Expromissio. — Tantôt le créancier stipule d'un tiers ce qui lui était dû, sans l'intervention du débiteur. Il se produit alors ce qu'on appelle une *expromissio*, espèce particulière d'*intercessio*, elle n'exige que le consentement du créancier et du tiers (L. 8, § 5, D., *De novationibus*, 46-2; — *supra*, p. 84).

Délégation. — Tantôt le débiteur désigne à son créancier une tierce personne qui le paiera. Il se produit alors ce qu'on appelle une *delegatio*, qui suppose le concours des trois volontés du créancier délégant, du débiteur délégué et du tiers délégataire (L. 11, D., *De novationibus*, 46-2).

But et forme de la délégation. — La délégation peut aboutir à différents résultats : 1° Elle n'a d'autre but que d'éteindre des obligations, lorsque Titius, créancier de Seius et débiteur de Mœvius, délègue son débiteur à son créancier, en donnant mandat à l'un de stipuler, à l'autre de promettre ; cette délégation opère une double novation, supprime la dette de Titius envers Mœvius, la dette de Seius envers Titius et leur substitue une dette unique de Seius envers Mœvius; 2° la délégation sert à faire une donation, lorsque Titius délègue son débiteur à Seius, qui n'est pas d'ailleurs son créancier; 3° la délégation sert enfin à constituer un prêt, lorsque Titius délègue à son emprunteur Seius un tiers qui lui doit de l'argent, etc.

La délégation, ainsi qu'on le voit, consiste dans le mandat donné par le délégant au délégué ; sous cet aspect, elle n'implique aucune forme spéciale, et la volonté de déléguer se manifeste d'une façon quelconque. Mais elle n'entre dans le domaine des faits et ne devient irrévocable qu'après la naissance d'une obligation du délégué envers le délégataire. Or, le propre de la novation par voie de délégation, c'est que cette dette indispensable ne résulte pas toujours et nécessairement d'une stipulation. Un autre moyen de la produire

résulte du contrat *litteris*, qui s'y applique d'habitude et sous la forme de la *transcriptio a persona in personam* (L. 28, D., *De pecun. const.*, 13-5; L. 17, D., *De novationibus*, 46-2; — *supra*, p. 111).

Effets de la délégation. — Les effets de la délégation *novandi causa* sont triples.

1° Le délégant est libéré envers le délégataire, et ne répond pas à son égard de l'insolvabilité préexistante ou future du délégué. Pour qu'il en soit autrement, il faut que la délégation ait été faite aux risques et périls du délégant; on l'appelle alors imparfaite, parce qu'elle n'entraîne pas une vraie novation (L. 18, D., *De fidejussoribus*, 46-1. — *Inst.*, L. III, t. XXVI, *De mand.*, § 2. — Conf., C. C., art. 1275, 1276; — *supra*, p. 200).

Dans tous les cas où le délégant n'était pas débiteur du délégataire, la *condictio indebiti* lui est ouverte, sous les conditions ordinaires, pour obtenir indemnité du transport de sa créance (L. 8, § 3, D., *Ad senat. Vell.*, 16-1).

2° Le délégué est libéré envers le délégant, comme s'il y avait eu paiement véritable. En supposant que le délégué ne fût pas débiteur du délégant, ou qu'il fût simplement tenu d'une action paralysée par une exception perpétuelle, il pourra par une *condictio sine causa* le mettre en demeure de lui procurer sa libération, ou lui réclamer par l'action *mandati* le remboursement de ce qu'il aura déjà payé. Mais la possibilité de ce recours suppose que le délégué s'est engagé envers le délégataire pour éteindre la dette dont il se croyait valablement tenu envers le délégant, et qu'il n'était pas même lié par une obligation naturelle. A défaut de la première de ces deux conditions, la délégation vaudrait en qualité de donation; à défaut de la seconde, la délégation aurait sa cause dans la dette telle quelle qu'on voulait supprimer (L. 12; L. 13; L. 27, D., *De novat.*, 46-2).

3° Le délégué devient débiteur du délégataire. Pourvu que l'objet de sa nouvelle dette soit désigné par le contrat verbal ou littéral, l'existence de son ancienne dette importe peu. On ne l'admet pas non plus à se prévaloir des exceptions qu'il aurait pu opposer au délégant, pourvu qu'elles aient été inconnues du délégataire. Cette règle fléchit néanmoins, entre autres cas, à l'égard des exceptions perpétuelles qui ne laisent pas subsister une obligation naturelle, lorsque le délégué ignorait, en s'engageant, ce moyen de protection, et que le délégataire est un donataire. A plus forte raison, si

le délégué ne devait rien et s'est engagé dans la conviction qu'il devait, pourra-t-il opposer au délégataire une exception de dol ou une exception *in factum* (L. 2, § 3, D., *De donationibus*, 39-5; L. 7, D., *De dol. mal.*, 44-4; L. 12; L. 13; L. 19, D., *De novat.*, 46-2).

Novation sans changement de personnes. — Supposons maintenant que la novation s'opère *inter easdem personas*; en quoi doit alors consister l'élément nouveau qu'elle requiert? Pour répondre à cette question, il faut distinguer entre le droit classique et le droit de Justinien.

Changements admis dans le droit classique. — Au temps des jurisconsultes, trois sortes d'événements pouvaient produire la novation entre le même créancier et le même débiteur; ils avaient pour trait commun de modifier le rapport de droit entre les deux parties; c'étaient : le changement de cause, l'adjonction ou la suppression d'un terme, l'adjonction ou la suppression d'une condition.

I. — Changement de cause. — Toutes les fois qu'une dette préexistante ne dérive pas d'une stipulation, et qu'on la nove, il y aura changement de cause; car la novation se réalise précisément par une stipulation qui remplacera la source primitive du droit. Les parties y gagnent, si la première dette était de bonne foi, de la transformer en dette de droit strict. Dans tous les cas, elles rendent possibles pour la seconde l'accession d'un *sponsor* ou d'un *fidepromissor* et en permettent l'extinction par la voie de l'acceptilation (L. 24, D., *De const. pecun.*, 13-5. — Cicéron, *De officiis*, L. III, n. 14).

II. — Adjonction ou suppression d'un terme, *adjectio vel detractio diei.* — Dans l'hypothèse de l'adjonction d'un terme, la novation protège *ipso jure* le débiteur contre une poursuite anticipée du créancier, tandis qu'un pacte de remise le garantirait seulement *exceptionis ope*. Dans l'hypothèse de la suppression d'un terme, le pacte serait tout à fait insuffisant; car il ne pourrait valablement aggraver la rigueur du contrat, et le créancier qui agirait avant le *dies* fixé par le contrat et supprimé par le pacte commettrait une *plus-petitio* et serait déchu de son droit (L. 5; L. 8, §§ 1, 2, D., *De novationibus*, 46-2. — *Gaius*, III, 177).

III. — Adjonction ou suppression d'une condition, *adjectio vel detractio conditionis.* — 1° Lorsqu'une obligation pure et simple est novée par une obligation conditionnelle, on sait que la novation ne devient certaine et définitive qu'après la condition accomplie.

Mais, en attendant, la stipulation *novandi animo* ne reste pas sans effet. Elle autorise par exemple le débiteur à repousser, *pendente conditione*, au moyen d'une exception de dol ou de pacte, l'action de la première obligation (*Gaius*, III, 179. — L. 14, pr., § 1, D., *De novat.*, 46-2) (1).

De plus, dans la doctrine qui prévalut après controverse, la novation conditionnelle purge la demeure antérieure du débiteur et l'affranchit du risque des cas fortuits; on la considère en effet dans ce cas comme équivalente à des offres de paiement (L. 8, pr.; L. 14, pr., D., *De novationibus*, 46-2; L. 72, § 1, D., *De solut. et liber.*, 46-3. — *Contra*, L. 31, pr., D., *De novat.*, 46-2).

La condition vient-elle à défaillir, l'action de la dette primitive est sans doute encore paralysée par l'exception de dol ou de pacte, dans le cas où la tentative de novation a eu lieu *inter easdem personas*. Dans l'hypothèse contraire, la première obligation recouvre toute sa force (*Gaius*, III, 179. — L. 30, § 2, D., *De pactis*, 2-14).

2° En sens inverse, une obligation conditionnelle est novée quelquefois par une obligation pure et simple. La novation ne devient alors certaine et définitive qu'après l'accomplissement de la modalité. Mais la condition en suspens, ou même défaillie, n'empêche pas le créancier d'agir immédiatement en vertu de la seconde créance, qui est pure et simple. Seulement, si le créancier n'est pas repoussé par une exception, il devra plus tard, en cas de défaillance, rendre ce qu'il aura touché; car la seconde dette avait pour objet d'éteindre la première, et l'inexistence de celle-ci rend cellelà sans cause (L. 14, § 1, D., *De novationibus*, 46-2).

Changements admis dans le droit de Justinien. — Telles étaient les seules modifications que pût apporter à la dette la novation du droit classique. Justinien se montra moins exigeant et admit la novation dans deux hypothèses où le droit antérieur ne l'aurait pas admise.

I. — La novation par changement d'objet n'était pas connue des anciens jurisconsultes; à leurs yeux, la seconde obligation devait porter exactement sur la même prestation que la première. Cette règle, quoique très vivement contestée, résulte de tous les exemples donnés par Gaius, se fonde sur la définition classique de la nova-

(1) La plupart des jurisconsultes décidaient même que le débiteur qui aurait payé par erreur *pendente conditione*, pourrait exercer la *condictio indebiti;* mais tel n'était pas l'avis de Paul (L. 60, § 1, D., *De cond. indeb.*, 12-6).

tion, et se trouve finalement écrite en termes à peu près formels dans plusieurs textes (*Gaius*, III, 176-179. — L. 91, § 6, D., *De verb. oblig.*, 45-1; L. 1; L. 4, D., *De novat.*, 46-2) (1).

Mais Papinien, moins rigoureux, permet de nover en stipulant la valeur de l'objet dû, au lieu de l'objet lui-même, et Justinien voit une novation dans la simple augmentation ou diminution de la dette primitive; dès ce jour, l'ancien principe n'est plus debout. On peut donc affirmer que, dans le dernier état du droit, la novation est possible par changement d'objet (L. 28, D., *De novat.*, 46-2. — L. 8, C., *De novat.*, 8-42. — Conf., C. C., art. 1271-1°).

II. — La simple modification de l'un des accessoires de l'obligation emporte enfin novation depuis Justinien, sans qu'on exige désormais un changement du rapport de droit entre les deux parties. C'est ainsi que l'adjonction ou la suppression d'un gage ou d'un fidéjusseur a la force de constituer l'élément nouveau qui est exigé pour la novation; il suffit que les parties l'aient ainsi entendu (*Inst.*, L. III, t. XXIX, *Quibus modis oblig. toll.*, § 3. — L. 8, C., *De novat.*, 8-42) (2).

TROISIÈME SECTION.

AUTRES MODES GÉNÉRAUX D'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

Outre le paiement et la novation, on doit encore citer, comme moyens plus ou moins énergiques d'éteindre civilement une obligation quelconque, la *capitis deminutio*, la prescription extinctive, la *litis contestatio* et la confusion.

La *capitis deminutio* nous est déjà connue (*Voir* t. I, p. 123); la prescription et la *litis contestatio* seront comprises dans la théorie des actions.

Il nous reste donc simplement à exposer les règles générales de la confusion.

Confusion. — On appelle, en droit, *confusion* la réunion sur la

(1) Lire sur ce point la remarquable étude de Paul Gide sur la novation en droit romain (p. 117 et s.).

(2) La première origine de cette doctrine fut probablement une décision de Gaius, pour qui l'accession ou le retranchement d'un *sponsor* formait une novation. Cette tentative avait fait son chemin; d'autres s'y étaient ajoutées, et Justinien trancha toutes les controverses dans le sens de la liberté de nover (*Gaius*, III, 177, 178).

même tête de deux qualités incompatibles et qui n'ont pu naître que séparées. Ainsi entendue, la confusion n'est pas spéciale aux obligations, elle se rencontre également dans la théorie des droits réels et notamment à propos des servitudes prédiales, de l'usufruit et de l'hypothèque.

Spécialement, dans la matière des obligations, la confusion est la réunion sur la même personne des deux qualités incompatibles de créancier et de débiteur; cette coexistence amène ordinairement l'extinction de l'obligation (Conf., C. C., art. 1300, 1301).

Du reste, les effets de la confusion varient avec les hypothèses; bornons-nous à l'examen des plus intéressantes.

1° Le créancier succède au débiteur, ou *vice versa*. Il se produit alors *ipso jure* une extinction véritable et complète de l'obligation, comme s'il y avait eu paiement; aussi tous les accessoires, gages, hypothèques ou fidéjussions, disparaissent-ils du même coup, et aucune obligation naturelle ne survit à cette extinction (L. 21, § 1, D., *De liberatione legata*, 34-3; L. 95, § 2, D., *De solutionibus*, 46-3) (1).

2° Il y a plusieurs créanciers corréaux, et l'un d'eux succède au débiteur, ou plusieurs codébiteurs corréaux, et l'un d'eux succède au créancier. Ici la confusion n'équivaut plus au paiement.

Dans le premier cas, le créancier qui succède au débiteur est tenu de l'obligation envers les autres; mais s'il existait entre eux un lien de société, on déduirait de sa dette la part qu'il aurait eu droit d'obtenir à titre d'associé (L. 71, D., *De fidejuss.*, 46-1).

Dans le second cas, le débiteur qui succède au créancier pourra poursuivre ses anciens *correi* pour le tout, déduction faite, s'il y a société, de la part qu'il aurait dû supporter en définitive. Les débiteurs accessoires sont libérés, lorsqu'ils n'avaient garanti que le *correus* qui succède; ils demeurent liés, quand ils avaient garanti tous les *correi promittendi*. Mais une exception de dol leur serait accordée parce que l'héritier qui les actionne en qualité de créancier se trouverait aussitôt, en qualité de débiteur, obligé à les indemniser (L. 71, D., *De fidejuss.*, 46-1. — Conf., C. C., art. 1209-1301).

(1) Cependant, lorsqu'il s'agit de procéder au calcul de la loi Falcidie, les dettes de l'héritier envers la succession et réciproquement, les dettes de la succession envers l'héritier rentrent dans le calcul de la quarte falcidienne (L. 1, § 18; L. 87, § 2, D., *Ad leg. Falcid.*, 35-2. — Conf., C. C., art. 922).

3° Le créancier succède au fidéjusseur, ou le fidéjusseur au créancier. La fidéjussion est anéantie, sans que l'obligation principale reçoive la moindre atteinte. Le débiteur reste alors passible de l'action originaire, preuve évidente que la confusion ne produit pas ici les effets d'un paiement (L. 21, § 5, D., *De fidejuss.*, 46-1).

4° Enfin le débiteur succède au fidéjusseur, ou le fidéjusseur au débiteur. L'obligation principale absorbe alors la fidéjussion, qui disparaît comme inutile, en emportant avec elle les exceptions personnelles au fidéjusseur. Toutefois il en est autrement, quand la fidéjussion garantissait une dette naturelle; elle survit alors à raison de son utilité, et sauve en même temps l'obligation principale, qui subsiste pour lui servir de support (L. 21, § 2, D., *De fidejuss.*, 46-1; L. 93, §§ 2, 3; L. 95, § 3, D., *De solutionibus*, 46-3. — Conf., C. C., art. 1301, 2035).

En règle générale, quand la confusion a eu lieu, les effets qui en résultent sont irrévocables en ce sens qu'ils se maintiennent, alors même que l'héritier, chez qui s'est produite la confusion, viendrait à se défaire de l'hérédité en l'aliénant. Toutefois, la confusion disparaît avec tous ses effets lorsque le titre héréditaire est révoqué. Il en est ainsi, par exemple, au profit du mineur de vingt-cinq ans qui se fait restituer contre son acceptation d'une hérédité désavantageuse, ou pour l'héritier testamentaire qui est expulsé de la succession par la plainte d'inofficiosité. L'un et l'autre reprennent les droits actifs ou passifs qu'avait éteints l'adition (L. 21, § 2, D., *De inoff. test.*, 5-2; L. 87, § 1, D., *De acq. vel omitt. hered.*, 29-2) (1).

CHAPITRE XXIV.

MODES SPÉCIAUX D'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

Dans le droit romain primitif, les formes nécessaires pour rendre efficace la volonté des contractants étaient également nécessaires pour la révoquer et la détruire. C'est ainsi qu'on a déjà vu la *manus* établie par la *confarreatio* se dissoudre par la *diffarreatio*, les choses devenues sacrées par la *consecratio* redevenir profanes par

(1) Il va sans dire que la confusion serait empêchée par le bénéfice d'inventaire (L. 22, § 9, C., *De jure delib.*, 6-30. — Conf., C. C., art. 802. — V. t. I, p. 338).

la cérémonie inverse de l'*exauguratio* et la possession se perdre *corpore aut animo*. De même, on l'a vu aussi, le testament et le legs n'étaient révoqués, l'un que par un autre testament, l'autre par une formule semblable à celle qui lui avait donné naissance. C'était l'application d'un grand principe posé en ces termes par le jurisconsulte Gaius : *Omnia quæ jure contrahuntur, contrario jure pereunt* (L. 100, D., *De regulis juris*, 50-17).

On ne s'étonnera donc pas que les obligations aient également subi ce principe. Il s'exprime même à leur égard par des adages plus spéciaux, entre autres : *fere quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur*. Cette maxime signifie qu'à chaque classe d'obligations contractuelles correspond un mode particulier d'extinction également conventionnelle, réglé sur le modèle de leur formation (L. 35; L. 153, D., *De regulis juris*, 50-17).

En effet, au temps même de Gaius, les obligations contractées par la forme antique du *nexum* s'éteignent encore *per æs et libram*; les obligations verbales s'éteignent par le procédé verbal de l'acceptilation, et les obligations consensuelles par le *contrarius consensus* (*Gaius*, III, 174) (1).

Quant aux deux classes d'obligations littérales et réelles, elles semblent échapper à la règle. Mais on sait qu'il nous est parvenu peu de textes relatifs à l'*expensilatio*, et l'on a le droit de penser que, si nos documents étaient plus riches, ils nous feraient connaître un mode spécial produisant l'extinction *contrariis litteris*. Pour les contrats réels, formés *re*, ils se dissolvent *re*, c'est-à-dire par le paiement, ce qui revient à constater que leur mode propre d'extinction reçut une application générale à toutes les obligations contractuelles ou non contractuelles.

La portée de la règle fut donc absolue à l'origine, suivant toutes les vraisemblances. On doit même conjecturer qu'elle commença par être impérative; les parties ne pouvaient dissoudre l'obligation que par le mode spécial au contrat qui l'avait créée. Cette conclusion n'a rien d'ailleurs que de conforme à l'esprit formaliste des premiers législateurs romains. Mais, dans le droit classique, il n'en est plus de même; l'emploi de tel ou tel mode d'extinction est de-

(1) Gaius nous apprend également que le mode extinctif *per æs et libram* devait être employé : 1° par le légataire *per damnationem* qui voulait libérer l'héritier *ipso jure*; 2° par le créancier qui avait l'intention d'affranchir le *judicatus* de sa dette (*Gaius*, III, 175).

venu facultatif, et l'ensemble du système, au lieu de gêner la volonté des parties, lui ouvre désormais diverses voies également libres pour arriver à la suppression des obligations.

L'acceptilation, le *contrarius consensus* et la perte de la chose due constituent les seuls modes spéciaux qui aient encore de l'importance pratique, à l'époque des jurisconsultes classiques.

PREMIÈRE SECTION.

ACCEPTILATION.

(*Inst.*, L. III, t. XXIX, §§ 1, 2.)

L'acceptilation est un mode solennel d'extinction appliquée aux obligations *verbis* et qui exige l'emploi d'une formule verbale. Ce n'est au fond qu'une remise de dette faite en termes consacrés et expressément reconnue par le droit civil (Conf., C. C., art. 1282-1288).

§ I.

Forme et nature de l'acceptilation.

L'acceptilation se restreignit d'abord à la stipulation; mais on finit par l'étendre aux obligations nées de la *dictio dotis* ou de la *jurata promissio liberti*, c'est-à-dire à toutes les obligations verbales (*Gaius*, III, 170. — L. 13, pr., D., *De acceptilatione*, 46-4).

Forme de l'acceptilation. — Comme la stipulation, elle consiste dans un interrogation suivie d'une réponse; seulement, les rôles sont renversés, c'est le débiteur qui interroge et le créancier qui répond. Le débiteur interroge par exemple le créancier dans les termes suivants : *quod ego tibi promisi, acceptumne habes?* et le créancier répond : *Habeo* ou *acceptum habeo*. Tout ce qu'on sait déjà de l'élargissement progressif de la stipulation retrouve ici son application. Enserrée au début dans une formule unique et latine, l'acceptilation devint de plus en plus libre, admit les langues étrangères, et fut enfin ouverte aux pérégrins (sauf probablement sous la forme *quod spopondi*).

Depuis la suppression des formules solennelles, en 469, elle n'exige plus qu'une question et une réponse concordantes et conti-

nues (L. 7; L. 8, § 4; L. 9, D., *De acceptilat.*, 46-4; — *supra*, p. 21).

Nature de l'acceptilation. — Considérée dans sa nature, l'acceptilation est un acte légitime, *actus legitimus*, contenant la fiction d'un paiement, *imaginaria solutio* (*Gaius*, III, 169. — *Inst.*, L. III, t. XXIX, *Quibus modis toll. oblig.*, § 1).

I. — L'acceptilation est d'abord un *actus legitimus*; on avait déduit de ce caractère deux corollaires importants :

1° L'apposition expresse d'un terme ou d'une condition quelconque vicie l'acceptilation. Les jurisconsultes déduisent cette règle de l'analogie fictive de cette opération avec le paiement, qui est nécessairement un fait pur et simple. Mais on y admet toutes sortes de modalités tacites, c'est-à-dire non insérées dans la formule de l'interrogation. Par suite, l'acceptilation se trouve valablement soumise aux termes ou conditions que les parties expriment dans un acte distinct, ou qui résultent évidemment des circonstances. La libération du débiteur est alors reculée jusqu'à l'échéance du terme ou l'événement de la condition; cette dernière rétroagissant aussi bien que dans les contrats, ne peut éteindre que les dettes qui existent au moins à l'instant de l'acceptilation (F. V., § 329. — L. 4; L. 5; L. 12; L. 13, §§ 8, 9, D., *De acceptilat.*, 46-4; L. 77, D., *De regulis juris*, 50-17).

2° L'acceptilation doit intervenir entre le débiteur et le créancier, et ne peut avoir lieu par représentants. Cette règle présentait bien des inconvénients dans le cas où l'un des intéressés était hors d'état de participer à l'acceptilation, comme l'*infans*, le fou, l'absent, le muet ou le sourd. Mais la novation fournissait un remède facile, car toute personne capable de nover la créance ou la dette d'autrui avait la faculté de se rendre créancier ou débiteur, et de prendre part ensuite en son nom propre à l'acceptilation (L. 3; L. 13, § 10, D., *De acceptilat.*, 46-4).

Quant aux individus *alieni juris*, ils n'ont pas le pouvoir, même sur un ordre formel du père de famille, d'éteindre ses créances par acceptilation; mais il leur est loisible de le libérer de ses dettes au moyen de ce procédé (L. 71, § 2, D., *De solutionibus*, 46-3; L. 22 D., *De accept.*, 46-4).

II. — L'acceptilation constitue un paiement fictif, *imaginaria solutio*; les jurisconsultes tiraient de là plusieurs conséquences fort rigoureuses et qui ont, pour la plupart, disparu dans le droit définitif.

1° De même que le créancier n'est pas obligé de recevoir en paiement, *aliud pro alio*; de même aussi, l'indication de la *res debita* ne saurait être remplacée dans la formule de l'acceptilation par la mention d'un autre objet; cette règle fut toujours observée (L. 13, § 3, D., *De accept.*, 46-4).

2° Le créancier ne pouvant être contraint de recevoir un paiement partiel, on en avait d'abord conclu que l'acceptilation ne pouvait pas être faite pour partie. Cette conséquence était juridiquement inadmissible, car l'acceptilation supposant le concours du créancier, on ne voit pas pourquoi la volonté du créancier serait moins énergique quand il s'agit d'un paiement fictif que dans le cas d'un paiement véritable. Aussi, ne tarda-t-on pas à se relâcher de cette rigueur; la question était déjà discutée au temps de Gaius, mais dans le droit de Justinien, la validité de l'acceptilation partielle, sauf dans le cas d'une dette indivisible, ne fait plus la moindre difficulté (*Gaius*, III, 172. — L. 13, § 1, D., *De accept.*, 46-4. — *Inst.*, L. III, t. XXIX, *Quibus modis obl. toll.*, § 1, *in fine*).

3° Enfin, lorsque dans une dette alternative ou de genre, l'option appartient au créancier, le débiteur ne peut pas, dans son interrogation, indiquer quelle est la chose sur laquelle portera l'acceptilation. Mais il est probable que la validité de l'acceptilation finit par prévaloir, car le créancier qui répond à l'interrogation adhère évidemment au choix fait par le débiteur (L. 27, § 6, D., *De pactis*, 2-14).

Cependant, il ne faudrait pas pousser trop loin cette comparaison de l'acceptilation et du paiement, parce que le parallèle se trouverait souvent en défaut. Ainsi, en est-il par exemple de la capacité requise chez les parties; le créancier et le débiteur ne jouissent pas de la même capacité pour les deux actes.

La cause de cette différence est dans la nature ordinairement gratuite de l'acceptilation, qui ne constitue qu'un paiement fictif. Elle est donc plus favorable au débiteur et plus nuisible au créancier qu'un paiement réel. En conséquence, le pupille agissant *non auctore tutore* et tout débiteur qui n'est ni fou, ni *infans*, peut recevoir une acceptilation, quoique incapable de payer. A l'inverse, la femme en tutelle, quoique capable d'accepter seule un paiement, ne peut consentir seule une acceptilation (*Gaius*, II, 85; III, 171. — L. 2, D., *De accept.*, 46-4).

§ II.

But et effets de l'acceptilation.

Connaissant la forme et la nature de l'acceptilation, il s'agit d'en déterminer le but pratique et les effets juridiques.

But de l'acceptilation. — L'acceptilation, comme toute remise de dette, peut intervenir à titre gratuit ou à titre onéreux.

Elle est à *titre gratuit* lorsque le créancier ne reçoit aucun équivalent en échange de la libération qu'il procure au débiteur; on l'emploiera alors pour réaliser une donation, pour faire une constitution de dot ou pour exécuter le *legatum liberationis*, mis par le testateur à la charge de son héritier (L. 43, pr., *De jure dotium*, 23-3; L. 3, § 3, D., *De liber. legata*, 34-3; L. 17, D., *De donat.*, 39-5).

L'acceptilation est au contraire à *titre onéreux* lorsque le créancier touche une compensation quelconque en retour de la remise de dette qu'il consent. Elle reçoit alors un très grand nombre d'applications. D'abord elle peut accompagner le paiement ou la *datio in solutum* et, dans ce cas, son but sera de supprimer tout débat sur la validité du paiement ou sur la translation de propriété et d'assurer la libération *ipso jure* du débiteur (L. 19, § 1, D., *De accept.*, 46-4).

Les parties peuvent également se servir de l'acceptilation à titre onéreux pour en faire un des éléments d'un contrat innommé (L. 9, D., *De præscr. verbis*, 19-5; — *supra*, p. 217).

Enfin le créancier doit encore y recourir toutes les fois que le débiteur peut exiger sa libération, soit que son engagement n'ait jamais eu de cause, soit qu'il ait perdu sa cause originaire, soit enfin qu'il ait été déterminé par dol ou par violence (L. 10, § 1, D., *De pactis*, 2-14; L. 9, § 7, D., *Quod metus*, 4-2).

Effets de l'acceptilation. — Dans ses effets l'acceptilation régulière est complètement assimilable au paiement. Comme lui, en effet, elle fait disparaître la dette *ipso jure* avec tous ses accessoires et opère *erga omnes*.

1° La dette est éteinte *ipso jure*. Cela veut dire deux choses : d'abord que l'acceptilation constitue un véritable moyen de défense invocable en tout état de cause, ensuite que, l'acceptilation une

fois réalisée, un simple pacte serait impuissant à faire revivre la dette. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'acceptilation soit *régulière*, c'est-à-dire qu'elle soit faite dans les formes voulues et qu'elle s'applique à une dette verbale; appliquée à toute autre dette, elle ne pourrait l'éteindre qu'*exceptionis ope* (L. 27, § 9, D., *De pactis*, 2-14; L. 19, D., *De accept.*, 46-4).

2° L'extinction de la dette par voie d'acceptilation entraîne du même coup l'extinction de tous les accessoires personnels ou réels qui garantissaient le paiement de la dette, tels que : fidéjussion, hypothèques ou gages (L. 49, D., *De solutionibus*, 46-3).

3° Enfin l'acceptilation opère *erga omnes*, ce qui veut dire que tous les intéressés doivent la subir ou peuvent l'invoquer. Ainsi, toutes les fois que plusieurs créanciers ont stipulé la même chose, par exemple en cas d'*adstipulatio* ou de corréalité active, l'acceptilation consentie par l'un des créanciers libère le débiteur à l'égard de tous (L. 13, § 12, D., *De accept.*, 46-4. — Conf., C. C., art. 1198, *in fine*).

De même, toutes les fois que plusieurs débiteurs ont promis la même chose, ce qui se présente notamment en cas d'*adpromissio* ou de corréalité passive, l'acceptilation consentie par le créancier à l'un des coobligés éteint l'obligation de tous les autres (L. 16, pr., § 1, D., *De accept.*, 46-4. — Conf., C. C., art. 1210, 1284, 1285, 1287) (1).

Ce principe conduit encore à décider que, dans le cas où un fils de famille ou un esclave reçoivent acceptilation des dettes qu'ils ont contractées envers les tiers, le *paterfamilias* est déchargé par voie de conséquence des obligations prétoriennes dont il pouvait être tenu (L. 11, § 1, D., *De accept.*, 46-4).

Il convient de rappeler que, dans le dernier état du droit, l'acceptilation peut n'être que partielle, elle n'éteint alors la dette que pour partie. Appliquée à une dette conditionnelle elle ne produit aussi qu'une libération conditionnelle (L. 13, § 6, D., *De accept.*, 46-4. — *Inst.*, L. III, t. XXIX, *Quibus modis obl. toll.*, § 1) (2).

(1) Dès qu'il y a plusieurs coobligés, il suffit que l'un d'eux soit obligé *verbis* pour que l'acceptilation qui lui est faite libère aussi les autres *ipso jure;* ainsi l'acceptilation faite au fidéjusseur libérera le débiteur principal tenu *ex mutuo* (L. 13, § 7, D., *De accept.*, 46-4).

(2) Les textes font remarquer que l'acceptilation ne peut pas s'appliquer aux dettes conditionnelles pour lesquelles la condition ne rétroagit pas, ce qui arrive par exemple dans le cas de legs conditionnels (L. 13, § 8; L. 21, D., *De accept.*, 46-4).

§ III.

Stipulation aquilienne.

Appliquée à des obligations non verbales, l'acceptilation ne pouvait pas les faire disparaître *ipso jure*. Mais comme il était impossible de lui refuser au moins la force d'une simple manifestation de volontés, les jurisconsultes la considéraient alors comme un pacte de remise qui opérait *exceptionis ope* (L. 27, § 9, D., *De pactis*, 2-14; L. 8; L. 19, D., *De accept.*, 46-4).

Cependant il existait un moyen bien simple d'éteindre de plein droit par l'acceptilation une dette quelconque; il suffisait de transformer cette dette en obligation verbale et d'y appliquer ensuite la formule extinctive de l'acceptilation (*Gaius*, III, 170. — *Inst.*, L. III, t. XXIX, *Quibus modis obl. toll.*, § 1).

Telle est l'idée féconde qui fut développée par le jurisconsulte Aquilius Gallus, ami de Cicéron et son collègue dans la préture vers la fin du septième siècle de Rome. Il inventa une formule double, que le Digeste et les Institutes nous ont conservée sous le nom de stipulation aquilienne. Cette formule contient : 1° un modèle de stipulation destinée à nover tous les droits réels ou de créance compris dans un patrimoine; 2° un modèle d'acceptilation destinée à les supprimer, une fois transformés en obligation verbale (L. 18, D., *De acceptil.*, 46-4. — *Inst.*, L. III, t. XXIX, *Quibus modis oblig. toll.*, § 2).

Nature de la stipulation aquilienne. — On voit sans peine que la stipulation aquilienne constitue un procédé de novation. A ce point de vue, elle a pour caractère spécial et technique de nover les droits réels eux-mêmes, qui ne se novent pas en thèse générale (L. 4, D., *De transact.*, 2-15).

Cette anomalie apparente s'explique facilement si l'on considère que la stipulation d'Aquilius Gallus suppose que les droits qu'il s'agit de nover sont déduits en justice par la *litis contestatio;* la formule aquilienne prouve bien qu'il en est ainsi puisqu'elle emploie les termes dont se servait le préteur pour rédiger les formules d'action. Or, on verra plus tard que la condamnation, dans le système classique de procédure, est toujours pécuniaire; par conséquent, l'effet de la *deductio in litem* est de transformer le droit

quelconque en une créance, qui n'a jamais pour objet que de l'argent, et qu'on peut dès lors nover sans difficulté (L. 4; L. 32, C., *De transact.*, 2-4).

But de la stipulation aquilienne. — Mais si la stipulation aquilienne constitue un procédé de novation, il est non moins vrai qu'on en use uniquement dans le but de supprimer immédiatement par une acceptilation subséquente la dette verbale qu'elle aura créée. Car il serait impossible de s'expliquer autrement l'intérêt qu'auraient les parties à fondre des droits antérieurs dans une créance d'argent indéterminée. D'ailleurs les documents ne paraissent pas devoir laisser le moindre doute à cet égard; tous tendent à établir que la stipulation aquilienne n'a d'autre but que de préparer et de rendre possible une acceptilation. Il résulte, en effet, des différents textes, tant ceux du Digeste que des Institutes, que les deux formules imaginées par Aquilius Gallus forment en réalité une opération unique, un seul tout indécomposable. Témoin la formule même en usage : *Quidquid tibi hodierno die per aquilianam stipulationem spopondi id omne habesne acceptum* (L. 18, § 1, D., *De accept.*, 46-4. — *Inst.*, L. III, t. XXIX, *Quibus modis oblig. toll.*, § 2).

On pourrait même faire un pas de plus et déterminer la sphère d'application de la stipulation aquilienne. Elle avait pour objet peut-être exclusif, tout au moins principal, d'effacer *ipso jure* des droits litigieux, à la suite d'un désistement ou d'une transaction. Elle offrait alors l'avantage d'éteindre, avec plus d'énergie qu'un pacte de remise, les actions purement *in rem*, et de tarir d'un seul coup, si besoin était, les différentes sources de poursuites réelles ou personnelles entre les deux parties. De plus, si quelque compensation était promise par simple convention à l'auteur de l'acceptilation, ce pacte devenait obligatoire, à titre de contrat innommé *facio ut des* (L. 15, C., *De transact.*, 2-4).

§ IV.

Comparaison de l'acceptilation et du pacte de non petendo.

Le pacte *de non petendo*, déjà signalé dans la théorie générale des pactes, est une convention qui accorde au débiteur, soit un

terme pour payer, soit une remise complète de sa dette. Il dépend des mêmes principes dans ses deux applications; mais nous retrouverons le *pactum ne petatur intra tempus* en traitant des exceptions temporaires; le *pactum ne petatur* doit donc seul nous occuper pour le moment.

Le pacte de remise tend au même résultat que l'acceptilation. Mais il lui est inférieur par l'énergie; en revanche, il a l'avantage de n'exiger aucune forme solennelle et de restreindre au gré de ses auteurs l'extinction qu'il produit. Ces trois différences sont faciles à comprendre.

I. — Le pacte de remise n'opère pas *ipso jure*, mais seulement *exceptionis ope* (1); le défendeur qui l'invoque devra donc en principe le faire insérer dans la formule. Autrement dit, ce pacte laisse subsister la dette et se contente de la paralyser; dès lors, un pacte inverse la rendra de nouveau efficace, en neutralisant l'*exceptio pacti* par une *replicatio pacti*. En conséquence, toutes les fois qu'un résultat irrévocable est nécessaire pour engendrer ou parfaire un rapport de droit, le pacte *de non petendo* n'y pourra suffire; c'est ainsi qu'il n'engendre pas les contrats innommés *facio ut des*, *facio ut facias*, et qu'il ne parfait pas la donation faite *ultra modum legis Cinciæ* (L. 27, § 2, D., *De pactis*, 2-14. — *Inst.*, L. IV, t. XIII, *De exceptionibus*, § 3) (2).

II. — Le pacte de remise n'exige aucune forme solennelle et peut n'être que tacite (3). Il est donc applicable à toute sorte d'obligations et comporte toute espèce de modalités licites. Le créancier et le débiteur même absents, sourds ou muets y procèdent valablement, par le seul fait qu'ils sont capables de consentir. Les représentants quelconques, tuteur, curateur, mandataire, y sont admis dans les limites de leurs pouvoirs. Enfin les personnes *alieni juris* peuvent, non-seulement procurer au *paterfamilias* sa libération par ce moyen, mais encore le dépouiller ainsi des créances com-

(1) Par dérogation à ce principe, le pacte éteint *ipso jure* les actions *furti* et *injuriarum* (L. 7, § 14; L. 17, § 1, D., *De pactis*, 2-14; — *supra*, p. 209).

(2) Il va sans dire que le pacte *ne petatur* qui paralyse l'obligation personnelle de l'un des débiteurs paralyse également et de la même manière les hypothèques établies par lui ou par des tiers pour lui (L. 17, § 2, D., *De pactis*, 2-14).

(3) L'abandon volontaire de l'écrit (*cautio*) consenti par le créancier au profit du débiteur est ordinairement regardé comme un pacte tacite *de non petendo*; mais il n'en est pas de même de la simple remise du gage (L. 2, pr., § 1; L. 3, D., *De pactis*, 2-14. — Conf., C. C., art. 1282, 1283, 1286).

prises dans leur pécule, pourvu qu'elles aient la libre administration de ce pécule et qu'elles ne fassent pas une remise gratuite (L. 4, § 1; 18; 28, §§ 1, 2, D., *De pactis*, 2-14).

III. — Le pacte *de non petendo* limite au gré de ses auteurs l'extinction qu'il produit. L'intention des parties étant en effet la loi souveraine du pacte, il en résulte que l'étendue de ses résultats ne peut pas se déterminer, *a priori* par une formule absolue; il opère tantôt à l'égard des parties seules, tantôt à l'égard de tous les intéressés ou de plusieurs d'entre eux. A ce point de vue, on appelle pacte *in rem* le pacte impersonnel, c'est-à-dire conçu sans désignation de personnes (*non petam*), et pacte *in personam* le pacte dont les sujets actifs ou passifs sont déterminés (*non petam a Titio*) (L. 7, § 8; L. 22, D., *De pactis*, 2-14).

Pacte de remise consenti par l'un des créanciers. — 1° S'il y a plusieurs créanciers corréaux, le pacte émané de l'un d'eux ne donne jamais lieu à l'exception *pacti* contre les autres, fût-il *in rem*. Mais en supposant dans ce dernier cas un lien de société entre les *correi*, il est permis de croire qu'il procure au débiteur poursuivi une exception de dol, pour la part que l'auteur du pacte aurait eue dans le montant de la créance. 2° Le pacte consenti par le stipulant principal est opposable à l'*adstipulator;* mais le pacte émané de l'*adstipulator* ne doit pas être opposable au stipulant principal (L. 27, pr., D., *De pactis*, 2-14).

Pacte de remise consenti à l'un des codébiteurs. — Le pacte *in personam* ne profite qu'au débiteur qu'il désigne. Le pacte *in rem* est invocable par tous les obligés investis d'un recours contre le débiteur qui l'a obtenu. Sont compris dans cette formule les codébiteurs corréaux unis par un lien de société, et les fidéjusseurs ou débiteurs accessoires envers le débiteur principal. Mais la remise consentie à l'un des débiteurs accessoires ne profite ni aux autres ni au débiteur principal (L. 23; 24; 25, D., *De pactis*, 2-14. — Conf., C. C., art. 1210, 1285, 1287) (1).

(1) Il est donc possible que le pacte *in personam* ne libère pas l'héritier du débiteur qui l'a reçu. Il n'a d'autre conséquence alors que d'affecter l'obligation d'un terme incertain, et de valider sous une forme détournée les stipulations *post mortem promittentis* (L, 17, § 3; L. 25, § 1, D., *De pactis*, 2-14).

DEUXIÈME SECTION.

CONTRARIUS CONSENSUS.

(*Inst.*, L. III, t. XXIX, § 4).

Les contrats consensuels peuvent se dissoudre comme ils se forment, par le simple consentement. Ce que les parties ont voulu, elles sont maîtresses de ne plus le vouloir. ***Obligationes quæ consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur*** (*Inst.*, L. III, t. XXIX, *Quibus modis oblig. toll.*, § 4. — Conf., C. C., art. 1134).

Mais pour que le *contrarius consensus* produise cet effet extinctif, il faut l'une ou l'autre des conditions suivantes : ou qu'il intervienne avant l'exécution du contrat, ***rebus adhuc integris***, ou que les choses soient remises dans l'état antérieur, ***rebus in integrum restitutis***.

1° ***Rebus integris.*** — Le ***mutuus dissensus*** doit normalement intervenir avant tout fait d'exécution du contrat, ***rebus adhuc integris, re nondum secuta***. Les jurisconsultes romains se divisent sur l'interprétation de ce principe. Les uns, et parmi eux Papinien, ne voient d'obstacle au plein effet du ***contrarius consensus*** que dans l'exécution totale ou partielle d'une obligation essentielle au contrat, comme la livraison faite par le vendeur, ou le paiement du prix effectué par l'acheteur. Les autres, et avec eux Paul enseignent au contraire qu'un acte d'exécution quelconque, même relatif à des éléments accidentels du contrat, empêche le ***contrarius consensus*** d'opérer ***ipso jure***, et ne lui laisse plus, comme à tout autre pacte ordinaire, que la force de produire une exception; tel serait le cas où le vendeur, pour obéir à quelque clause de la vente, se serait borné à fournir un fidéjusseur (L. 3, D., ***De rescind. vend.***, 18-5; L. 95, § 12, D., ***De solut.***, 46-3).

On doit ajouter d'ailleurs que les choses cessent d'être entières, avant toute exécution directe, par le seul fait que l'une des obligations a disparu, fût-ce à la suite d'une novation ou même de la perte fortuite de l'une des choses dues. Car de même que le consentement a formé simultanément toutes les obligations nées du contrat, de même le consentement ne saurait éteindre les unes sans éteindre les autres (L. 5, §§ 1, 2, D., ***De rescind. vend.***, 18-5).

2° ***Rebus in integrum restitutis.*** — Le ***contrarius consensus*** peut

encore produire son effet extinctif *ipso jure* alors même que le contrat consensuel aurait été exécuté en tout ou en partie, pourvu que les choses puissent redevenir entières. Il faut donc que les parties se replacent dans la situation juridique où elles seraient si le contrat n'avait pas eu lieu; dans ce but, elles devront faire disparaître les actes d'exécution, ainsi le vendeur rendra le prix et l'acheteur restituera la chose (L. 58, D., *De pactis*, 2-14. — L. 1, C., *Quando liceat*, 4-45).

Effet du contrarius consensus sur les pactes. — Il faut remarquer que la règle applicable aux contrats consensuels ne l'est pas aux pactes. Soit un pacte *de non petendo*, puis un pacte contraire *de petendo*; le second ne dissout pas le premier de plein droit, mais en paralyse seulement l'exception par une réplique, *replicatio pacti*.

La raison en est que l'*exceptio pacti* était conçue *in factum*, et posait uniquement au *judex* la question de savoir si la convention de remise avait eu lieu. Le juge ne pouvait répondre qu'affirmativement; il fallait donc lui poser ensuite la question de savoir s'il était intervenu une convention inverse. C'est là ce que veut exprimer le jurisconsulte Paul en disant : *in pactis factum versatur* (L. 27, § 2, D., *De pactis*, 2-14).

TROISIÈME SECTION.

PERTE DE LA CHOSE DUE. — RÈGLES DE LA DEMEURE.

Perte de la chose due. — La perte de la chose due, *interitus rei debitæ*, est un mode d'extinction spécial à certaines obligations, non plus à raison de leur cause, mais à raison de leur objet (Conf., C. C., art. 1302, 1303).

Ce mode ne s'applique directement et réellement qu'aux obligations de corps certains; les dettes de genre n'y sont pas exposées parce que la disparition absolue d'un genre, quoique possible en fait, est trop extraordinaire pour compter en droit; cette règle s'exprime par une maxime bien connue : *genera non pereunt* (1).

(1) Quant aux obligations de faire, l'impossibilité de l'exécution équivaut à la perte de la chose due (L. 14, § 2, D., *De pecun. const.*, 13-5).

Supposons que Titius doive à Seius un corps certain, tel que l'esclave Stichus, un cheval déterminé, etc. Si l'objet dû vient à périr par la faute ou le fait du débiteur l'obligation persiste et porte désormais sur les dommages-intérêts. Mais si le corps certain vient à périr par cas fortuit ou par force majeure, le débiteur ne doit plus rien; il est libéré parce que, d'une part, n'étant pas en faute, il ne doit pas des dommages-intérêts et que, d'autre part, la chose n'existant plus, il est dans l'impossibilité de la livrer, *impossibilium nulla obligatio* (L. 91, §§ 1, 2, D., *De verb. oblig.*, 45-1. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 16; L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, §§ 1, 2).

On voit par là que dans le cas où la dette dérive d'une cause unilatérale, les risques sont toujours pour le créancier. Dans les contrats synallagmatiques, la question des risques n'a plus le même sens; elle revient à se demander si le débiteur libéré de sa propre dette peut encore se prévaloir de sa créance contre l'autre partie (*supra*, p. 165).

Trois conditions doivent se rencontrer pour que la perte de la chose due libère le débiteur : 1° Il faut d'abord que la chose ait péri fortuitement. 2° Il faut ensuite que le débiteur ne se soit pas chargé des cas fortuits. 3° Il faut enfin que le débiteur ne soit pas en demeure, *in mora*.

Lorsque ces différentes conditions se trouvent réunies, la dette est éteinte *ipso jure*, à l'égard de tous les intéressés. Toutefois, le débiteur est encore tenu envers le créancier de certaines obligations; il doit lui rendre ce qui reste de la chose; il doit livrer les accessoires de la chose principale qui a péri; il doit aussi lui céder les actions qui ont pu naître dans sa personne et qui sont relatives à la *res debita* (L. 49, § 1, D., *De rei vind.*, 6-1. — *Inst.*, L. III, t. XXIII, *De empt. vend.*, § 3, *in fine*. — Conf., C. C., art. 1303).

Du reste, il n'y a pas à distinguer si la perte est physique ou juridique. L'esclave dû meurt ou reçoit la liberté, le meuble dû brûle ou devient *res sacra*; dans tous ces cas le débiteur est libéré. Nous avons déjà résolu diverses difficultés relatives à ce point, en traitant des stipulations inutiles (L. 83, § 5, D., *De verb. oblig.*, 45-1; — *supra*, p. 35 et s.).

Il va de soi que les parties peuvent convenir à l'avance que la perte même fortuite ne libérera pas le débiteur. Cette convention est même sous-entendue, lorsque la tradition est faite avec estimation, ce qui arrive souvent dans le commodat et dans la constitution

de dot (L. 5, § 3, D., *Commodati*, 13-6.; L. 10, D., *De jure dot.*, 23-3) (1).

De même, si la perte fortuite n'arrive qu'après la mise en demeure du débiteur, elle est censée provenir de son fait personnel, et laisse par conséquent subsister sa dette. L'obligation est alors réputée conserver son objet primitif, bien que disparu, et c'est cet objet qu'il faudra désigner dans l'*intentio* de la formule, ou dans la stipulation faite pour nover (L. 23; L. 83, § 7; L. 91, § 6, D., *De verb. oblig.*, 45-1).

Demeure. — En fait, la demeure, *mora*, consiste dans le retard injuste que le débiteur met à payer, *mora est fraudulosa dilatio*. En droit, elle suppose deux conditions : le créancier doit interpeller le *reus*; le débiteur doit être en faute de ne pas exécuter.

Conditions de la demeure. — 1° Il faut, en premier lieu, de la part du créancier une *interpellatio* régulière. Ce mot désigne une sommation d'avoir à s'exécuter, adressée après l'échéance par une personne capable de recevoir le paiement, à une personne capable de payer; le juge apprécie l'opportunité du lieu où se fait cette signification (L. 24, § 2; L. 32, D., *De usuris*, 22-1; L. 24; L. 49, § 3, D., *De verb. oblig.*, 45-1. — Conf., C. C., art. 1139).

2° Il faut, en second lieu, de la part du débiteur un retard injuste. Par suite, si le débiteur a des raisons plausibles de se croire déchargé de son obligation, s'il a des motifs légitimes pour se refuser à l'exécution de sa dette, ou s'il a perdu sans dol ni faute la détention de ce qu'il devait, son refus d'obtempérer à l'*interpellatio* ne le met pas en demeure (L. 5, D., *De rebus creditis*, 12-1; L. 21; L. 22, D., *De usuris*, 22-1).

D'ailleurs, ces règles ne sont pas sans exceptions. Ainsi, en l'absence d'un débiteur qui n'a chargé personne de payer à sa place, l'*interpellatio* étant impossible se trouve suffisamment remplacée par la constatation de ce fait devant témoins (L. 2, D., *De nautic. fœnore*, 22-2).

Il y a même un ensemble d'hypothèses où le débiteur est en demeure *re ipsa*, c'est-à-dire de plein droit et sans le fait du créancier. C'est lorsque l'obligation de restituer dérive d'un délit, comme

(1) Cette clause peut être, suivant les cas, considérée comme une convention à titre onéreux ou à titre gratuit. Elle sera à titre onéreux, lorsque le débiteur est intéressé dans le contrat (*vente*); elle sera à titre gratuit dans le cas contraire (*dépôt*).

un vol, une violence, un détournement entre associés, etc. (L. 20, D., *De cond. furtiv.*, 13-1; L. 1, § 1, D., *De usuris*, 22-1; L. 19, D., *De vi*, 43-16. — Conf., C. C., art. 1302, *in fine*).

On a l'habitude d'affirmer que la demeure a toujours lieu de plein droit dans les obligations à terme, et d'exprimer ce résultat par un adage qui n'est pas romain : *dies interpellat pro homine*. Qu'il en soit ainsi dans certains cas déterminés, rien de plus vrai; par exemple, la stipulation pénale devient exigible dès l'expiration du délai consenti pour l'obligation principale; de même, le pacte commissoire est encouru par la seule échéance du terme, sans interpellation préalable; de même encore, la demeure se produit dès l'échéance, lorsqu'il résulte des circonstances que l'obligation ne peut être utilement exécutée plus tard. Mais, en règle générale, le terme ne constitue pas la demeure *re ipsa;* cette proposition n'est pas seulement conforme aux textes, elle est en outre commandée par les principes. Il est certain en effet, sauf preuve contraire, que le terme est supposé dans l'intérêt du débiteur; or, ne le retournerait-on pas contre lui si l'on attachait de plein droit la mise en demeure à la seule échéance du terme (L. 4, § 4, D., *De lege commiss.*, 18-3; L. 32, pr., D., *De usuris*, 22-1; L. 41, § 1, D., *De verb. oblig.*, 45-1, — L. 12, C., *De contr. stip.*, 8-38. — Conf., C. C., art. 1146, 1187).

Effets de la demeure. — La mise en demeure entraîne ordinairement deux conséquences importantes. 1° Si la dette a pour objet un corps certain, la demeure transporte les risques du créancier au débiteur; ce dernier ne sera plus libéré par la perte totale et répondra de toute perte partielle (L. 8, § 1, D., *De condict. furtiv.*, 13-1; L. 108, § 11, D., *De legatis*, 1°, 30).

2° La demeure engendre de plus l'obligation de restituer les fruits et fait courir les intérêts toutes les fois que le débiteur est tenu d'une action de bonne foi. Cette dernière règle embrassait naturellement les fidéicommis, et fut étendue au legs *sinendi modo* (*Gaius*, II, 280. — L. 32, § 2, D., *De usuris*, 22-1; L. 23, D., *De legatis*, 1°,30) (1).

Les mineurs de vingt-cinq ans ont de plein droit l'un des avantages de la demeure : c'est que les intérêts courent *re ipsa*, à leur

(1) La mise en demeure produit exceptionnellement un effet remarquable sur l'action *rei uxoriæ*, elle la rend transmissible aux héritiers de la femme (F. V., § 112. — *Voir* t. I, p. 266).

profit, depuis l'échéance de leur créance jusqu'à leur majorité. Encore faut-il que leur débiteur soit dans son tort en ne payant pas; c'est ainsi que les intérêts ne courent point au profit du pupille, qui n'a pas de tuteur (L. 17, § 3, D., *De usuris*, 22-1. — L. 3, C., *In quibus causis*, 2-41).

Purgatio moræ. — La demeure est purgée, lorsque le débiteur en arrête les conséquences. Il y parvient en faisant, soit au créancier, soit à son représentant, des offres complètes dans la forme et suivant les règles déjà signalées. La novation et l'acceptilation conditionnelles sont encore des manières de purger la *mora*.

La *purgatio moræ* aboutit, pour ainsi dire, à mettre le créancier en demeure aux lieu et place du débiteur qui n'a plus à supporter les risques (L. 8, pr., D., *De condict. furtiva*, 13-1; L. 72, pr., D., *De solut.*, 46-3; — *supra*, p. 288) (1).

CHAPITRE XXV.

ACQUISITION ET TRANSMISSION DES OBLIGATIONS.

CESSION DE CRÉANCES.

(*Inst.*, L. III, t. XXVIII.)

Ce chapitre se réfère à deux objets distincts : 1° acquisition des obligations ou créances; 2° transmission des créances ou cession d'actions.

Le premier point est traité en partie aux Institutes, dans le titre XXVIII du livre III (*Per quas pers. nobis obligatio adquiritur*) (2); le second est étudié dans différents titres du Digeste ou du Code (D., *De hered. vel act. vend.*, 18-4. — C. h. t., 4-39).

(1) On sait que la demeure d'un *correus debendi* ne rejaillit pas sur les autres *correi* tandis que la demeure encourue par le débiteur principal rejaillit sur le fidéjusseur (L. 24, § 1; L. 32, § 4, D., *De usuris*, 22-1).

(2) Le mot *obligatio* est pris ici dans le sens actif et veut dire créance (Conf., C. C., art. 1567).

PREMIERE SECTION.

ACQUISITION DES CRÉANCES.

On peut acquérir une créance ou par soi-même ou par l'intermédiaire de certaines personnes (*Inst.*, L. III, t. XXVIII, *Per quas pers. nob. oblig. adquir.*, pr.).

I. — Quand on veut acquérir une créance par soi-même, ce qui arrive le plus ordinairement, il faut d'abord figurer personnellement à l'acte juridique créateur de l'obligation, il faut de plus avoir la capacité naturelle et légale d'y figurer valablement. Ces règles nous sont déjà connues, elles ont été développées sur la capacité requise pour contracter (*supra*, p. 24 et s.).

II. — Un *paterfamilias* n'acquiert pas seulement des créances par lui-même, il peut encore en acquérir par le moyen des personnes *alieni juris* qui sont placées sous sa puissance.

Nous avons vu ailleurs, en effet, que toutes les acquisitions quelconques (droits réels ou droits de créances) réalisées par un fils ou par un esclave profitent directement au père ou au maître; c'est le chef de famille qui devient lui-même créancier au même titre et de la même manière que s'il avait figuré personnellement au contrat. Il faut en dire autant d'ailleurs de la femme *in manu mariti* et de l'individu *in mancipio*. Ces principes déjà exposés sont rappelés ici par Justinien (*Inst.*, L. III, t. XXVIII, *Per quas pers. nob. oblig. adquir.*, §§ 1, 2, 3; — *supra*, p. 26 et s.).

III. — Une troisième hypothèse peut se concevoir; il se peut qu'un individu *sui juris* se fasse représenter dans un acte juridique par un homme libre, deviendra-t-il créancier? La question revient à ceci : peut-on acquérir une créance *per extraneam personam?* On la résout en principe par la négative; la théorie de la non représentation fait obstacle à ce que le droit de créance puisse prendre naissance sur la tête du représenté, il s'arrête sur la tête du représentant qui seul devient créancier. Ce ne fut que le droit postérieur qui dérogea, sur ce point, à la rigueur du droit civil, en investissant le mandant d'actions *utiles* contre les tiers et en donnant aux tiers l'action *institoria utilis* contre le mandant (*supra*. p. 205).

DEUXIÈME SECTION.

TRANSMISSION DES OBLIGATIONS. — CESSION DE CRÉANCES.

La transmission des créances peut se faire à titre universel ou à titre particulier.

I. — Il y a transmission de créances à *titre universel* lorsque toutes les créances qui composent un patrimoine passent en bloc, avec ce patrimoine lui-même, de la tête de l'auteur sur la tête du successeur ou ayant-cause. Ce fait se produit dans les cas de succession testamentaire ou *ab intestat*, de *bonorum emptio*, d'adrogation, de *conventio in manum*, etc. Alors, l'ayant-cause universel qui est le continuateur juridique de la personne de l'auteur se trouve *de plano* investi des actions et des créances qui compétaient à celui-ci. Les actions passent tantôt sous le nom d'actions *directes*, comme dans les successions civiles, tantôt sous forme d'actions *utiles* ou *fictices*, comme dans les successions prétoriennes (*Gaius*, III, 81; IV, 34).

II. — On dit au contraire que la transmission de créances se produit à *titre particulier*, lorsqu'un créancier, pour un motif quelconque, veut se dépouiller de telle de ses créances pour en investir activement une personne déterminée. La transmission s'appelle spécialement alors *cession de créances;* le créancier qui veut aliéner sa créance prend le nom de *cédant;* celui qui veut l'acquérir s'appelle *cessionnaire*, quant au débiteur dont la dette est ainsi transmise il est qualifié de débiteur *cédé* (Conf., C. C., art. 1689-1701).

Si les Romains ont toujours connu et admis la transmission des créances à titre universel, ils n'ont jamais admis au contraire qu'une créance pût se transmettre à titre particulier. Considérant à tort ou à raison que l'obligation était un rapport essentiellement personnel entre le débiteur et le créancier, ils en concluaient qu'il était impossible de supprimer ou de changer l'un des termes de ce rapport, sans détruire la créance elle-même. Bien que cette doctrine ait été contestée, elle nous paraît être néanmoins la seule qui puisse s'appuyer à la fois sur les principes et sur les textes (*Gaius*, II, 38).

Quoi qu'il en soit, cette règle, qui frappait ainsi les créances d'incessibilité, devait être, on le comprend, fort gênante en pratique;

aussi les jurisconsultes imaginèrent-ils divers procédés pour arriver indirectement au résultat que la nature juridique de la créance empêchait d'atteindre directement.

§ I.

Causes et objet de la cession de créances.

Causes de la cession de créances. — La cause et le procédé de la cession sont choses bien distinctes et qu'il ne faut pas confondre. La *cause* n'est en réalité que le fait juridique qui justifie et explique la cession; elle peut varier avec chaque hypothèse. Le *procédé* est au contraire le moyen pratique qui réalise la cession; il est toujours le même, quelle que soit l'espèce.

Les causes diverses qui déterminent une cession de créances se divisent en deux catégories. Les unes exigent le libre concours des parties, l'accord des volontés du cédant et du cessionnaire; on les appelle *cessions volontaires*. Elles peuvent être le résultat ou la conséquence d'un legs (*legatum nominis*) ou d'une convention quelconque, par exemple, d'une vente, d'une donation, d'une *datio in solutum*, d'une constitution de dot, etc.

Il y a aussi des causes de cessions qui proviennent de la loi ellemême; la cession prend alors le nom de *cession nécessaire*. Elle se produit généralement en faveur des personnes qui sont obligées à la dette d'autrui et qui désintéressent le créancier; elles sont dans ce cas investies du *beneficium cedendarum actionum*. Ainsi, le fidéjusseur qui paie *de suo* l'obligation principale, le *mandator pecuniæ credendæ* qui acquitte la dette, le détenteur d'un bien hypothéqué qui libère la chose, le *correus debendi* qui satisfait le créancier, ont le droit d'exiger une cession de créances, ce qui leur permettra de recourir efficacement contre l'obligé principal ou contre les coobligés (Conf., C. C., art. 1251) (1).

Objet de la cession de créances. — La cession peut comprendre en thèse générale toutes les actions, tant réelles que personnelles. Seulement, la cession des actions réelles est rare et d'utilité fort minime, tandis que la cession des actions personnelles est

(1) Il est à remarquer que la cession nécessaire d'actions ne s'opérait jamais de plein droit comme la subrogation légale du droit français.

fréquente et d'une haute importance. On ne comprend guère en effet la cession de l'action en revendication que dans le cas où le propriétaire a perdu la possession de sa chose; ne pouvant alors employer ni la tradition ni la *cessio in jure* ni la mancipation, il est contraint de prendre un détour et de céder son action *in rem* (L. 21, D., *De rei vind.*, 6-1).

Actions incessibles. — D'ailleurs, pour qu'une action soit cessible, il faut d'une part que le droit ne soit pas exclusivement attaché à la personne du titulaire; il faut d'autre part que la cession n'en soit pas prohibée par une disposition formelle de la loi.

I. — La cession est d'abord impossible quand le droit personnel ou réel qu'il s'agit de céder est juridiquement intransmissible. Ainsi en est-il des actions *quæ vindictam spirant*, comme l'*actio injuriarum*, la *querela inofficiosi testamenti* et toutes les actions populaires; ces actions ne font pas, pour ainsi dire, partie de notre patrimoine. Il faut en dire autant des droits d'usage, d'habitation et des *operæ officiales libertorum* (L. 28, D., *De injuriis*, 47-10; L. 7, § 1, D., *De popul. act.*, 47-23).

II. — L'incessibilité d'une créance ou d'un droit peut encore résulter d'un texte législatif.

Ainsi Dioclétien et ses successeurs annulèrent la cession de créances faite *ad potentiorem*, c'est-à-dire dans le but de susciter au débiteur un créancier plus puissant et plus redoutable (L. 1; L. 2, C., *Ne liceat potent.*, 2-14).

Une autre restriction plus importante et surtout plus connue date de l'empereur Anastase. Cet empereur, dans une constitution qui fut plus tard confirmée et renouvelée par Justinien, décida qu'en dehors de certains cas rigoureusement déterminés, le cessionnaire, à titre onéreux, d'un droit litigieux ne pourrait exiger du débiteur cédé que ses déboursés et les intérêts légitimes. On voulait ainsi couper court aux manœuvres de spéculateurs éhontés (*alienis fortunis inhiantes*); c'était en effet détruire le mal par la racine que de leur enlever toute espérance de gain (Const., *Per diversas* et *Ab Anastasio*. — L. 22; L. 23, C., *Mandati*, 4-35. — Conf., C. C., art. 1699, 1700, 1701) (1).

(1) La cession de droits litigieux était cependant permise dans trois cas principaux : lorsqu'elle intervenait à titre de *datio in solutum*; quand elle était consentie par un successeur au profit d'un cohéritier; lorsqu'elle était faite à un légataire ou fidéicommissaire en exécution de la volonté du défunt (L. 22, C., *Mandati*, 4-35. — Conf., C. C., art. 1701).

§ II.

Procédés de cession.

La jurisprudence romaine imagina deux procédés de cession, c'est-à-dire deux moyens pratiques pour arriver indirectement à transmettre une créance à titre particulier. Ces procédés furent : 1° la délégation; 2° la *procuratio in rem suam*.

Premier procédé de cession; délégation. — La novation par changement de créancier, délégation, constitue manifestement une manière de réaliser, non pas un véritable transport de créance, mais une opération presque semblable. Titius, créancier de Seius, libère son débiteur, qui promet à Mœvius l'objet de son obligation précédente. Cette novation éteint immédiatement et de plein droit la créance de Titius, et la remplace par la créance équivalente de Mœvius (*Gaius*, II, 38).

Pendant longtemps et notamment durant tout le premier système de procédure, qui interdisait rigoureusement la représentation judiciaire, on ne connut pas d'autre procédé. Cependant cette méthode présentait un double inconvénient fort grave. D'abord elle nécessitait le consentement du débiteur; ensuite elle laissait disparaître en principe, avec la créance antérieure, les garanties accessoires, gages, hypothèques, fidéjussions dont elle était peut-être munie. Aussi fut-elle abandonnée le jour où le système formulaire permit aux plaideurs de se faire représenter en justice ; on eut alors recours à la *procuratio in rem suam*.

Second procédé de cession; procuratio in rem suam. — Une cession plus directe et plus réelle peut s'opérer par la voie du mandat judiciaire, *procuratio ad litem*. Titius, créancier de Seius, confie à Mœvius l'exercice de son action et le dispense de toute reddition de compte, c'est-à-dire lui en abandonne d'avance le résultat; c'est une *procuratio in rem suam*.

Le jour où Mœvius aura mené l'instance jusqu'à la *litis contestatio*, le droit, désormais transformé par l'effet immédiat de cette partie de la procédure, deviendra sien comme s'il l'eût toujours été. Il y a donc ici substitution du cessionnaire dans la position qu'aurait eue le cédant en agissant lui-même. Pour agir *procuratorio nomine*, le cessionnaire se fera délivrer par le magistrat une formule

d'action dite formule Rutilienne, du nom du préteur qui l'a inventée, dont l'*intentio* sera rédigée au nom du créancier cédant et dont la *condemnatio* sera rédigée en son nom propre (*Gaius*, IV, 86) (1).

Vices originaires. — Mais ce procédé avait aussi à l'origine des vices graves et nombreux. Il constituait une application particulière du mandat *ad litem*. Dès lors, il supposait dans les parties la capacité spéciale de postuler en justice qui ne se confondait pas avec la capacité d'aliéner et d'acquérir, et qu'on appréciera plus tard (*Paul*, S., L. I, t. II, § 3. — *Inst.*, L. IV, t. X, *De his per quos agere poss.*).

En outre et surtout, la *procuratio in rem suam* ne saurait dépasser les effets d'un mandat ordinaire. Par conséquent, tant qu'il n'était pas devenu *dominus litis* par suite de la *litis contestatio*, le cessionnaire *procurator* était bien investi du droit de poursuivre la créance, et même de l'éteindre par les voies prétoriennes du pacte de remise ou du serment; mais il n'en était pas titulaire. Elle restait dans le patrimoine du cédant, qui pouvait donc l'anéantir lui-même au moyen de l'acceptilation, recevoir un paiement valable du cédé, révoquer le mandat. De plus, le débiteur avait la faculté d'opposer au cessionnaire toutes les exceptions, même de compensation, dont il jouissait contre le cédant. Enfin la *procuratio* s'évanouissait, comme tout autre mandat, par la mort du cédant ou du cessionnaire (L. 13, § 1, D., *De pactis*, 2-14; L. 16; L. 17, D., *De procurat.*, 3-3; L. 17, § 3, D., *De jurejurando*, 12-2; L. 23, § 1, D., *De hered. vel act. vend.*, 18-4; L. 18, § 1, D., *De compens.*, 16-2).

Réformes postérieures. — Vers la fin de l'époque classique, ces regrettables défectuosités avaient à peu près disparu et le *procurator in rem suam* était, en quelque sorte, devenu un véritable acquéreur de créance.

L'inconvénient tiré de la capacité spéciale requise du *procurator ad litem* disparut en partie. On admit d'abord et d'assez bonne heure que les femmes et les militaires pourraient agir *procuratorio nomine* dans leur propre intérêt; c'était évidemment leur reconnaître le droit de figurer dans une *procuratio in rem suam*. Quant à

(1) Cette formule que nous a conservée Gaius était ainsi conçue : « *Si paret* « *Numerium Negidium Publio Mævio sestertium decem millia dare oportere, judex* « *Numerium Negidium Lucio Titio sestertium decem millia condemna; si non paret,* « *absolve* » (Gaius, IV, 86).

l'incapacité résultant de l'*infamia* elle fut supprimée par Justinien qui permit aux *infames* de représenter ou de se faire représenter en justice (L. 8, § 2, D., *De procurat.*, 3-3. — *Inst.*, L. IV, t. XIII, *De except.*, § 2).

Envers le cédé, le cessionnaire se garantissait de tout danger par une simple signification, *denuntiatio litis*, qu'il lui faisait de la cession. Le débiteur n'était plus admis à se prévaloir alors, ni des conventions extinctives de sa dette que lui aurait consenties le cédant, ni du paiement qu'il lui aurait versé, ni des exceptions qu'il aurait acquises à son encontre (L. 3, C., *De novationibus*, 8-42. — Conf., C. C., art. 1690 (1).

Mais la réforme capitale consista à reconnaître de son chef au *procurator in rem suam* un droit propre et à l'investir des actions utiles. Désormais il se trouva tranquille du côté du cédant, ce dernier ne fut plus maître, ni de révoquer le mandat ni de l'utiliser en poursuivant lui-même; et le décès de l'une des parties ne fit plus tomber le mandat (L. 25; L. 55, D., *De procurat.*, 3-3. — L. 1; L. 2, C., *De oblig. et act.*, 4-10; L. 1, C., *De cont. tut. jud.*, 5-58).

Enfin, par un dernier progrès, les jurisconsultes et les empereurs en arrivèrent successivement à sous-entendre la *procuratio in rem suam* dans tous les cas où elle était due en vertu d'une convention, d'un testament ou de la loi, pourvu que la personne qui y avait droit n'eût pas laissé périr les actions par sa faute, en payant sa dette sans aucune réserve. C'est par une application de cette règle qu'on a vu le mandant, sans nulle cession formelle, exercer des actions utiles contre les tiers débiteurs de son mandataire (L. 1, § 13, *De tutel. et rationibus*, 27-3. — L. 7; L. 8, C., *De hered. vel act. vend.*, 4-39; L. 18, C., *De legatis*, 6-37; — *supra*, p. 205).

§ III.

Effets de la cession de créances.

Les effets d'une cession de créances doivent s'envisager à deux points de vue : 1° dans les rapports du cessionnaire avec le débiteur

(1) Cette formalité de la *denuntiatio litis* assez comparable à la signification exigée par la loi française est indiquée dans une constitution de Gordien ; mais il ne paraît pas que ce texte contienne une innovation, il ne fait plutôt que consacrer

cédé et le tiers; 2° dans les rapports du cessionnaire avec le cédant.

I. — *A l'égard du débiteur cédé et des tiers*, la cession de créances aboutit à un résultat fort simple. Le cessionnaire se trouve complètement et exactement substitué au créancier primitif; il prend sa place juridique *erga omnes*, à l'encontre de tous les intéressés (L. 2, pr., D., *De hered. vel act. vend.*, 18-4).

De là deux conséquences importantes :

1° Le cessionnaire est investi de toutes les actions et de tous les droits qui compétaient au cédant; il pourra donc, non-seulement poursuivre le débiteur de la même manière que l'ancien créancier, mais encore se prévaloir de toutes les garanties qui assuraient le paiement de la créance. Il profitera des gages; il poursuivra les fidéjusseurs et tous les autres *intercessores*; il invoquera les hypothèques (L. 13, § 1, D., *De pactis*, 2-14; L. 6; L. 14, pr.; L. 23, pr., D., *De hered. vel act. vend.*, 18-4. — Conf., C. C., art. 1692).

Les privilèges attachés à la créance, *beneficia causæ*, passent également au cessionnaire; il n'y a que les privilèges attachés à la qualité du créancier, *beneficia personæ*, qui ne sont pas compris dans la cession (L. 43, D., *De usuris*, 22-1; L. 42, D., *De ad. et per. tut.*, 26-7) (1).

2° Le cessionnaire est passible de toutes les exceptions et de tous les moyens de défense que le débiteur ou les tiers auraient pu opposer au cédant (L. 32, D., *Solut. matr.*, 24-3; L. 37, § 4, D., *De op. libert.*, 38-1).

Toutefois, pour qu'il en soit ainsi, il faut que le cédé ou les coobligés aient acquis ces moyens de défense sans dol et avant la signification de la cession; il faut en outre qu'ils n'y aient pas renoncé expressément ou tacitement; il faut enfin que les exceptions ne puissent pas être considérées comme *personnelles* au créancier cédant, telles seraient par exemple les exceptions de dol et de compensation (L. 4, § 20, D., *De dol. mal.*, 44-4; L. 12, D., *De novat.*, 46-2. — Conf., C. C., art. 1295, 1691).

II. — *Envisagés au point de vue des rapports du cessionnaire*

un usage déjà reçu en pratique. D'ailleurs la *denuntiatio* pouvait être suppléée par le paiement partiel que le débiteur cédé aurait effectué entre les mains du cessionnaire, *vel aliquid ex debito accipiat* (L. 3, C., *De novat.*, 8-42).

(1) Le *jus optionis*, quoiqu'on ait dit le contraire, passait également au cessionnaire (L. 75, § 3, D., *De legatis*, 1°, 30).

avec le cédant, les effets de la cession de créance doivent se régler suivant la nature et les caractères du *negotium juris* intervenu entre les parties et qui explique la cession.

Ainsi, la cession a-t-elle eu pour cause une donation, on appliquera les principes qui régissent les donations. A-t-elle eu pour cause une vente, un legs ou une constitution de dot, on suivra les règles admises en matière de vente, de legs ou de dot.

Un principe spécial domine cependant ici l'application des règles du droit commun. Même dans le cas où la cession est à titre onéreux, le cédant ne garantit pas la solvabilité du débiteur cédé; il ne garantit, sauf convention contraire, que l'existence de la créance. Donc il faut, mais il suffit en principe que le cédé soit véritablement débiteur du cédant et que la créance ne soit paralysée par aucune exception péremptoire. Que si la créance n'existait pas ou était annihilée par une exception péremptoire, le cessionnaire aurait droit à des dommages-intérêts; ces dommages-intérêts se mesureraient à la créance si celle-ci avait pour objet une somme déterminée; en toute autre hypothèse, ils se calculeraient sur le préjudice causé (L. 4; L. 5, D., *De hered. vel act. vend.*, 18-4. — Conf., C. C., art. 886, 1693, 1694, 1695).

TROISIÈME PARTIE.

THÉORIE DES ACTIONS.

(*Inst.*, L. IV, t. VI-XVIII.)

CHAPITRE I.

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LES ACTIONS.

Fondement rationnel de l'action. — La théorie des actions forme le complément nécessaire du système des droits de famille et des droits patrimoniaux. Ces droits, une fois connus dans leurs sources, déterminés dans leur nature et mesurés dans leurs effets, ne laisseraient rien à dire, s'ils étaient respectés partout et toujours. Malheureusement, la loi civile ne saurait avoir le privilège de l'inviolabilité, qui manque à des institutions de plus noble origine; ainsi que la loi morale et la loi religieuse, elle suppose le libre arbitre; elle doit par conséquent compter avec les résistances passives ou directes.

Le droit, tel qu'il faut le concevoir dans la société, n'apparaît donc pas à l'esprit comme un principe inerte. Il est doué d'une sanction, c'est-à-dire muni d'une force qui l'impose aux récalcitrants. La force inhérente au droit a pour manifestation principale l'*action*.

Ce mot, qui vient du latin *agere*, indique une mise en œuvre. Considérée de haut, l'action est par conséquent l'application pratique d'un droit, sa puissance manifestée dans le fait.

Dans la doctrine abstraite, l'action n'est pas distincte du droit qu'elle sanctionne. On l'a souvent qualifiée de *droit sanctionnateur*.

par opposition au *droit préexistant;* ainsi la revendication serait le droit sanctionnateur du droit préexistant de propriété. Cette manière de parler, assez commode en apparence, n'est au fond qu'une pure logomachie. L'action, c'est le droit lui-même mis en exercice, livré à la lutte judiciaire ou prêt à descendre dans l'arène; c'est le droit vu sous l'aspect de la coercition. Dans la langue du législateur et du jurisconsulte, il ne peut pas y avoir de droit absolument idéal et dépourvu de toute faculté de contrainte. L'action et le droit se confondent; car l'action ne va pas sans le droit, et le droit sans l'action n'est qu'un droit incomplet.

Dès les premiers pas d'un peuple dans la civilisation, un pouvoir social est établi pour juger entre particuliers, c'est-à-dire pour faire respecter et pour protéger les droits de chacun. Car, s'il était permis de se rendre justice soi-même, la force ne se trouverait pas toujours du côté de la raison, et l'ordre public serait souvent troublé. Le jurisconsulte Paul a très bien exprimé cette idée en disant : *Non est singulis concedendum quod per magistratum publice potest fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi* (L. 176, D., *De regulis juris*, 50-17) (1).

C'est ici que se font jour les notions de la compétence et de la procédure, et que l'idée d'action descend des hauteurs philosophiques pour engendrer des conséquences pratiques.

Définitions de l'action. — Le mot *action* présente trois sens différents qu'il convient d'abord de préciser.

Dans une première acception technique, l'action est le recours à la puissance publique pour en obtenir la protection de son droit, soit en demandant, soit en défendant. On dira sous ce rapport que Titius intente contre Seius l'action en revendication, ou la *condictio indebiti*, ou le *judicium mandati*, etc.

Dans un autre sens, l'action n'est plus le fait même du recours, mais la faculté de réaliser ce fait, de recourir à l'autorité. Par exemple, on dira que les contrats produisent une action, *contractus pariunt actionem*, tandis que les pactes n'en produisent pas.

Enfin, sous un troisième aspect, l'action n'est plus ni le fait du recours, ni la faculté de recourir, mais le moyen indiqué, la forme prescrite pour exercer le recours; dans ce cas, le mot action est sy-

(1) La loi n'autorise exceptionnellement les voies de fait et la violence que dans le cas de légitime défense.

nonyme de forme de procédure. C'est en ce sens qu'il est pris dans l'expression *actio legis*; c'est encore avec le même sens que l'on dit *actio sacramenti*, etc.

En résumé, l'action est une faculté, un fait ou une forme, suivant le côté qu'on envisage. Donc, pour s'accorder sur la définition de ce mot complexe, il est d'abord nécessaire de s'entendre sur le point de vue où l'on se place. En dehors de ces notions capitales, l'action revêt encore dans la loi romaine d'autres significations étroites et particulières, qui changent avec les époques, et qu'il faudra mentionner au besoin.

Questions essentielles que soulève la théorie des actions. — Un traité complet des actions devrait comprendre trois parties principales : 1° l'examen des actions en elles-mêmes, envisagées comme facultés de s'adresser au pouvoir judiciaire, avec leurs caractères, leurs conditions et leurs effets; 2° l'exposé des règles à suivre pour la vocation des plaideurs en justice, la preuve, la sentence, l'appel et l'exécution, c'est-à-dire la procédure; 3° l'indication des personnes investies de la mission de condamner ou d'absoudre, et la détermination de la compétence.

Ces trois études ne peuvent avoir ici des parts égales; car les deux premières appartiennent seules au droit privé. Il suffira de consacrer tout d'abord quelques pages d'ensemble à la troisième qui relève surtout du droit public.

CHAPITRE II.

APERÇU RAPIDE SUR L'ORGANISATION JUDICIAIRE ET LA COMPÉTENCE EN MATIÈRE CIVILE.

Dans l'histoire de tous les peuples, l'organisation judiciaire se lie au vaste système de l'organisation politique, dont elle est en quelque sorte un rouage essentiel. Il faudrait donc, pour en traiter convenablement, explorer toute la constitution romaine et rechercher tour à tour l'économie de ses institutions, sous la royauté, la république et l'empire, depuis Romulus jusqu'à Justinien. De tels développements déborderaient le plan modeste de ce traité élémentaire, et de courtes données générales faciliteront assez l'intelligence des futures explications.

§ I.

Caractères généraux du pouvoir judiciaire.

Le pouvoir judiciaire à Rome, présentait trois caractères généraux qui le séparent profondément de notre pouvoir judiciaire actuel et qui dominent toute la théorie des actions.

D'abord, le pouvoir judiciaire se confondait avec les autres pouvoirs; en second lieu, il pouvait être délégué; en troisième lieu, il admettait les simples citoyens à l'administration de la justice.

I. — **Confusion des pouvoirs.** — La célèbre théorie moderne de la séparation des pouvoirs était à peu près inconnue des Romains. Pour ne parler que des magistrats supérieurs, les rois à l'origine et les consuls ensuite exerçaient tout à la fois des fonctions judiciaires, administratives et militaires. Le préteur, qui est sans contredit le plus remarquable représentant de la magistrature latine, rendait la justice, commandait au besoin les armées, et participait par ses édits à la puissance législative. Il n'en fut pas autrement non plus sous l'Empire; car l'empereur était en même temps chef du pouvoir exécutif, juge suprême, législateur souverain.

Cet état de choses, qui peut soulever de nombreuses critiques, eut néanmoins un magnifique résultat; c'est qu'il permit au droit honoraire ou prétorien de se développer librement et ainsi d'améliorer peu à peu le droit civil, d'en adoucir les aspérités et d'en combler les lacunes. *Jus prætorium est,* nous dit Papinien, *quod prætores introduxerunt, adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam* (L. 7, § 1, D., *De justitia et jure*, 1-1).

II. — **Faculté de délégation.** — Les magistrats jouissaient de la faculté remarquable de déléguer tout ou partie de leurs attributions judiciaires. Pour bien comprendre cette faculté, il est indispensable de se rendre un compte exact des attributions dont les magistrats étaient investis à divers degrés dans l'ordre judiciaire; or, à ce point de vue on distingue la *jurisdictio* et l'*imperium.*

Jurisdictio. — Les magistrats avaient d'abord la *jurisdictio*, c'est-à-dire la mission d'administrer la justice civile, soit au contentieux, soit au gracieux. Cette *jurisdictio* comprenait trois prin-

cipaux attributs, désignés par les verbes *dare, dicere, addicere. Dare*, c'est donner un juge, une action, un tuteur, une possession de biens; *dicere*, c'est poser une règle, soit en formulant des édits généraux, soit en jugeant les procès, soit en rendant des interdits; *addicere*, c'est conférer un droit réel à quelqu'un, comme dans l'*in jure cessio* (Varron, *De lingua latina*, V-7) (1).

De la *jurisdictio* découlait pour le magistrat le double pouvoir, ou de fixer un juge, *licentia dandi judicem*, ou de statuer lui-même, *cognoscere*, *cognitio* (L. 1, D., *De officio ejus*, 1-21; L. 3, D., *De jurisdict.*, 2-1).

Imperium. — A côté de la *jurisdictio* se placent d'autres prérogatives comprises dans leur ensemble sous l'expression générale d'*imperium*. Ce terme fameux désigne le droit de commandement et de contrainte, la puissance exécutive, l'aptitude à disposer de la force publique. Il est évident que la *jurisdictio* proprement dite ne saurait aller sans un certain *imperium* qui en assure l'exercice, et qui doit appartenir à tout magistrat pour sanctionner ses décisions; c'est là ce que les textes appellent *mixtum imperium*. Ils en citent pour exemple la faculté d'envoyer une partie en possession des biens de l'autre (L. 1; L. 2; L. 3, D., *De officio ejus*, 1-21).

Mais il est un autre *imperium* qui, par opposition au précédent, se nomme *merum imperium*. Il comprend l'ensemble des moyens ouverts au magistrats pour juger et punir les infractions à la loi criminelle; la *gladii potestas* en est la plus forte expression et l'arme principale. Il se rattache au droit pénal, n'appartient qu'à certains magistrats déterminés, et ne saurait faire l'objet d'aucune délégation (L. 3, D., *De jurisdict.*, 2-1; L 70, D., *De regulis juris*, 50-17).

En matière civile, le magistrat peut déléguer la juridiction contentieuse à un autre magistrat, ou même à un simple particulier. Le délégué, qu'on nomme *legatus*, est mis aux lieu et place du délégant, dans les limites de la délégation; l'appel de ses décisions se porte, non devant le délégant, mais devant l'autorité qui eût connu de la sentence de ce dernier. La délégation est personnelle, et le *legatus* n'a pas le droit de la transmettre à d'autres. Cette déléga-

(1) C'est aux trois attributs de la *jurisdictio* qu'Ovide fait allusion dans deux vers de ses *Fastes* restés célèbres (*Fastes*, V., 47, 48) :

> Ille nefastus erit per quem *tria verba* silentur;
> Fastus erit, per quem lege licebit agi.

tion comprend non-seulement la *jurisdictio* proprement dite mais encore l'*imperium mixtum* qui y est attaché. Quant à la juridiction gracieuse, elle ne peut pas être déléguée (L. 2, § 1, D., *De officio proconsulis*, 1-16; L. 5, pr., D., *De officio ejus*, 1-21; L. 1, § 1, D., *Quis a quo appel.*, 49-3).

L'admission de cette faculté, si contraire à nos idées modernes, s'explique suffisamment par le petit nombre des magistrats romains et surtout par la variété des fonctions réunies sur leur tête.

III. — **Division du procès en deux instances.** — Le trait le plus saillant et certainement le plus caractéristique de l'organisation judiciaire des Romains, jusqu'au temps de Dioclétien, est la division du procès en deux instances, l'une devant le magistrat, *in jure*, l'autre devant le juge, *in judicio*. On appelait cette procédure *ordo judiciorum privatorum*, et les procès poursuivis par cette voie *judicia ordinaria*.

Un rôle purement préparatoire appartenait au magistrat, qui se bornait à fixer avec précision l'objet du débat, c'est-à-dire la réclamation du demandeur et la défense de son adversaire. Puis il renvoyait l'examen et le jugement de l'affaire à un particulier, désigné spécialement pour chaque cause, nécessairement investi de la cité s'il devait être *judex* on *arbiter*, indifféremment citoyen ou pérégrin s'il devait être *recuperator*; le *judex* proprement dit siégeait toujours seul. Le juge, en général, était librement choisi par les plaideurs (1).

A la différence de nos jurés actuels, le juge romain connaissait

(1) On distinguait en matière civile deux catégories de jurés : les uns étaient constitués par le magistrat lui-même et n'avaient qu'une mission temporaire, c'étaient les *judices*, les *arbitres* et les *récupérateurs*; les autres formaient des collèges judiciaires, de véritables tribunaux et siégeaient d'une manière plus ou moins permanente, tels étaient : le collège des pontifes, celui des Décemvirs et celui des Centumvirs.

Le tribunal des Centumvirs est le seul sur lequel on ait quelques renseignements précis; encore, son organisation ne nous est-elle connue que d'une manière très incomplète.

Les Centumvirs étaient élus pour un an par les comices tribus; ils furent d'abord au nombre de 105; sous l'Empire, leur chiffre fut porté à 180. Ils se divisaient en quatre chambres (*hastæ, consilia*) qui délibéraient, tantôt réunies, tantôt séparées sous la présidence d'un préteur. Leur compétence qui alla bientôt en s'affaiblissant comprenait à l'origine : les questions de propriété quiritaire, les questions d'état et tous les procès relatifs aux successions, *causæ hereditariæ* (Festus, V° *Centumviralia*. — Pline, *Lettres*, V, 21; VI, 33. — Cicéron, *De oratore*, I, 38, 57. — *Gaius*, IV, 16, 31, 91, 95).

d'ailleurs du procès en droit comme en fait, prononçait lui-même la sentence, évaluait les dommages-intérêts, et transférait directement la propriété ou les droits réels par le moyen de l'*adjudicatio* dans certaines actions.

Cette institution remarquable avait d'immenses avantages. Les magistrats, trop peu nombreux, ne pouvaient statuer eux-mêmes sur tous les différends privés; aussi doit-on attribuer à leur indépendance du fait et du détail la grande hauteur de vues qu'ont atteinte les préteurs. En outre, l'intervention du juge permettait de confier chaque affaire au plus capable de l'apprécier, et tempérait ce qu'aurait eu d'exagéré la puissance de quelques hauts fonctionnaires, s'ils eussent été seuls maîtres des litiges.

Il y avait cependant certains cas dans lesquels le magistrat ne renvoyait pas les parties devant le juge. Ainsi, lorsque la demande se trouvait ouvertement non recevable, le magistrat refusait simplement l'action au demandeur; c'était la *denegatio actionis*. Il en était de même lorsque le défendeur reconnaissait que les prétentions de son adversaire étaient bien fondées, son aveu équivalait à sa condamnation, *in jure confessus pro judicato habetur*. Dans ces deux cas, le renvoi n'avait pas d'objet. Enfin, il y avait certaines hypothèses dans lesquelles le préteur statuait directement sans renvoi au *judex*; on disait alors qu'il y avait *cognitio extra ordinem*; c'est notamment ce qui se présentait en matière de fidéicommis ou de *restitutio in integrum* (L. 3, D., *De in integr. rest.*, 4-1).

§ II.

Compétence.

Devant quelle juridiction faut-il se présenter? C'est là une question préalable à tout procès, et qui se tranche par les principes de la compétence.

Les questions de compétence sont aujourd'hui, en droit français, de la plus haute importance et présentent les plus graves difficultés. Il faut tenir compte en effet d'une multitude de circonstances, avoir égard à la fois à la nature du tribunal, au genre de l'action, à la situation de l'objet litigieux, à l'importance de la demande, à la qualité du défendeur, à son domicile, etc. Le droit romain est loin d'offrir une complication pareille; la compétence était déterminée

par des règles peu nombreuses et d'une extrême simplicité. On n'avait à s'occuper ni de la nature des tribunaux ni du genre des affaires litigieuses, car les pouvoirs des magistrats n'étaient en principe limités que par la circonscription territoriale (L. 20, D., *De jurisdictione*, 2-1).

Pour exposer sommairement les règles générales de la compétence, nous distinguerons successivement deux périodes.

Droit antérieur à Justinien. — La compétence peut alors se résumer en une maxime fort simple : *actor sequitur forum rei*. Le demandeur doit donc porter son action, réelle ou personnelle, devant le magistrat qui avait autorité sur le défendeur, *forum rei*.

Or, le *forum rei* se détermine par trois circonstances : le domicile, le lieu d'origine et la patrie commune. Ceci revient à dire que le défendeur peut toujours être poursuivi au choix du demandeur, ou devant le magistrat de son domicile, *forum domicilii*, ou devant le magistrat de son lieu de naissance lorsqu'il ne se confond pas avec celui du domicile, *forum originis*, ou enfin devant un magistrat de Rome, *forum patriæ communis ;* car tout citoyen a juridiquement deux patries, son municipe et Rome, *patria communis* (F. V., §§ 325, 326).

Mais dès les derniers siècles de la République, une compétence fondée sur la nature de l'action se développe à côté de la précédente, et le demandeur a l'option entre les deux. La nouvelle théorie s'applique d'abord aux obligations nées d'un contrat ou d'un quasi-contrat; on admet le créancier à traduire le débiteur devant le magistrat du lieu où l'acte s'est passé, *forum contractus* (L. 20, D., *De judiciis*, 5-1. — Conf., C. proc., art. 420).

Sous le Bas-Empire, en cas de délit, on peut poursuivre, soit à l'endroit où le fait illicite a été commis, soit à l'endroit où le coupable est saisi, *forum maleficii* (L. 1, C., *Ubi de criminibus*, 3-15).

Enfin, une modification plus importante est celle qui attribue au juge de la situation la connaissance des actions *in rem*. Constantin avait décidé que celui qui possédait pour le compte d'autrui devait, lorsqu'il était actionné, indiquer le nom du véritable possesseur. celui-ci était alors tenu de comparaître au lieu ou se trouvait situé l'objet litigieux, faute de quoi, la possession passait au demandeur. Cette innovation devait facilement conduire à la nouvelle règle : *actor sequitur forum rei sitæ ;* il suffisait de généraliser le principe admis par Constantin. C'est ce que firent les empereurs Valentinien.

Théodose et Arcadius; ils décidèrent que désormais les actions réelles seraient portées devant le magistrat du lieu où se trouve la chose litigieuse; *jubemus in rem actionem adversus possidentem moveri* (L. 2; 3, C., *Ubi in rem actio*, 3-19. — Conf., C. proc., art. 59).

Droit de Justinien. — Toutes les règles de la compétence sont unifiées par Justinien.

Il les réduit à ce grand principe, que chacun doit comparaître devant le tribunal du lieu où il s'est obligé. Pour les contrats et quasi-contrats, ce lieu est celui où le contrat a été consenti, où le quasi-contrat s'est formé. En matière de délits ou de quasi-délits, c'est le lieu où le fait délictueux ou quasi-délictueux a été commis. Enfin, dans les actions réelles, c'est le lieu où est situé l'objet litigieux, car c'est là que le défendeur s'est obligé en refusant de livrer ce qui lui était réclamé (Novelle 69, ch. 1).

Compétences spéciales. — Les textes signalent en outre certaines compétences spéciales.

Forum hereditatis. — L'héritier doit être poursuivi devant le magistrat devant lequel le défunt lui-même aurait dû comparaître (L. 19, pr., D., *De judiciis*, 5-1. — Conf., C. C., art. 110, 822).

Forum reconventionis. — Le magistrat saisi d'une affaire est, en principe, compétent pour connaître de toutes les demandes reconventionnellement formées par le défendeur; telle est du moins l'opinion dominante, mais plusieurs auteurs contestent l'existence du *forum reconventionis* au moins à l'époque classique (L. 22, D., *De judiciis*, 5-1. — L. 14, C., *De sententiis*, 7-45).

Forum connexitatis. — Il y a connexité de plusieurs affaires, lorsqu'en les séparant, on nuirait à l'instruction et au jugement; tels sont le pétitoire et le possessoire. Or des affaires connexes, qui relèveraient en elles-mêmes de tribunaux différents, sont valablement jugées par le tribunal saisi de la cause principale, ou, quand elles sont égales, par le premier saisi. Constantin frappe même d'une peine le demandeur qui tenterait de les séparer (L. 10, C., *De judiciis*, 3-1).

Forum prorogatum. — Il y a *forum prorogatum* ou *pactitium* lorsque les parties, d'un commun accord et en connaissance de cause, déclarent vouloir se soumettre à la juridiction d'un magistrat naturellement incompétent (L. 1, D., *De judiciis*, 5-1).

Les parties sont en effet libres de déroger à la compétence ordi-

naire en choisissant elles-mêmes un magistrat. Mais il faut que leur consentement soit exempt d'erreur, de dol et de violence. Le magistrat convenu entre les intéressés reste maître de refuser cette mission, et doit se trouver d'ailleurs compétent *ratione materiæ*; la volonté des particuliers ne peut couvrir que l'incompétence *ratione loci vel summæ*. La prorogation de juridiction peut être expresse ou tacite; dans tous les cas, elle doit être formelle (L. 2, pr., § 1; L. 74, D., *De judiciis*, 5-1. — Conf., C. proc., art. 7).

Concours de plusieurs compétences. — Il arrivera donc parfois qu'une seule et même affaire sera de la compétence de plusieurs tribunaux. Dans ce cas, le demandeur a le choix; *petitor habet electionem ubi petat, reus ubi solvat, scilicet ante petitionem* (L. 19, § 4, D., *De judiciis*, 5-1; L. 2, § 3, D., *De eo quod certo loco*, 13-4).

La loi romaine applique même ce principe au *forum prorogatum*, et permet à chaque partie de l'abandonner pour le *forum* du droit commun. Il n'y a d'obligatoire que le *forum connexitatis* (L. 18, D., *De jurisdictione*, 2-1. — L. 10, C., *De judiciis*, 3-1).

Il est probable cependant que le tribunal, une fois saisi, exclut définitivement tous les autres.

Incompétence. — L'incompétence est opposable par le magistrat ou par le défendeur. Le magistrat incompétent peut accepter l'affaire et constituer ainsi le *forum pactitium*, suivant une règle déjà posée, à moins qu'il ne s'agisse de l'incompétence *ratione materiæ*, qui annule la procédure et fait considérer le jugement comme non avenu (L. 1, C., *Ut quæ desunt*, 2-11; L. 3; L. 4, C., *Si a non competente*, 7-48).

De son côté, le défendeur doit invoquer le déclinatoire dès le début du procès; sinon, il est censé y renoncer. Le magistrat apprécie lui-même le mérite de l'exception d'incompétence, avant de procéder au débat sur le fond. Ce moyen préliminaire de défense est connu dans les textes sous le nom de *præscriptio fori* (L. 5, D., *De judiciis*, 5-1. — L. 4; L. 13, C., *De exceptionibus*, 8-36).

CHAPITRE III.

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LES TROIS SYSTÈMES DE PROCÉDURE CIVILE.

Le droit romain a successivement connu et pratiqué trois systèmes de procédure : le système des actions de la loi, *actiones legis*, le système formulaire, *formulæ*, le système extraordinaire, *cognitio extra ordinem*.

Les deux premiers systèmes ont pour caractère commun la séparation du procès en deux instances, l'une devant le magistrat, l'autre devant le juge, c'est-à-dire l'*ordo judiciorum;* sous le troisième au contraire, le magistrat et le juge se confondent, il n'y a plus qu'une seule instance.

La transition entre ces différentes formes de procédure ne fut d'ailleurs ni brusque ni violente; elle s'opéra successivement et sans transformation radicale, comme il sied aux nations qui tiennent compte du passé, dominent le présent et préparent l'avenir.

Le système formulaire, œuvre d'une époque où la science juridique jetait un incomparable éclat, et contemporain des grands jurisconsultes classiques, est incontestablement le plus intéressant à connaître. Mais il plonge par ses racines dans le système précédent, et constitue sous d'autres formes le fond principal de la procédure *extraordinaire;* il est donc impossible de l'isoler absolument dans l'explication.

Il faut indiquer ici quelques principes généraux plus ou moins constants et qui ont toujours dominé la procédure romaine.

1° En principe, la procédure se fit toujours *oralement*. Il n'y eut d'écrit, même au temps de Justinien, que l'exploit d'assignation et certains actes de l'appel; le jugement était prononcé de vive voix, après une rédaction préalable. Les débats étaient résumés séance tenante dans un procès-verbal, qu'on reportait ensuite avec plus de soin sur les registres judiciaires. Les parties pouvaient en obtenir copie (F. V., § 112. — L. 1; L. 2; L. 3, C., *De sententiis ex periculo*, 7-44; L. 32, §§ 2, 4, C., *De appell.*, 7-62).

2° La justice était rendue *publiquement*. A l'origine, c'est au *forum*, en plein jour, que s'exerce la juridiction; le coucher du

soleil est le terme suprême de toute procédure, *sol occasus suprema tempestas esto*. Plus tard, les séances se tiennent dans des bâtiments à ce destinés, *prétoires*, *basiliques*; la publicité reçoit alors des limites, car on n'admet dans les salles d'audience, *secretaria*, *secreta*, que les citoyens *honorati*, et la foule n'y pénètre que par exception. Les délibérations ont lieu derrière des *vela* entre les magistrats et les assesseurs; mais les décisions sont toujours rendues en public (*Paul*, S., L. IV, t. VI, § 2. — L. 5, C., *De proximis sacrorum*, 12-19; L. 5, C.. *De naufragiis*, 11-5) (1).

3° La justice fut d'abord *gratuite*. Ce caractère disparut par la suite, et les frais judiciaires se déterminèrent d'après la nature des actes, le rang du tribunal et l'importance de la cause. Néanmoins le plaideur pauvre en était exempté; son adversaire participait alors à la même faveur (L. 6, C., *De fructibus et litium expensis*, 7-51. — Novelle 17, ch. 3).

4° Enfin la justice ne fut jamais continue, *assidua*. Les magistrats et les juges ne connaissaient des procès qu'à des jours déterminés, *dies fasti*, *dies cognitionum*, et s'en abstenaient les autres jours, *dies nefasti*, *dies feriati* (L. 73, D., *De judiciis*, 5-1; L. 6; L. 8, D., *De feriis*, 2-12).

Sous l'Empire, il y avait environ deux cent trente jours par an consacrés aux affaires contentieuses; le reste du temps, on ne statuait qu'au gracieux, ou en cas d'urgence, lorsqu'il y avait péril en la demeure, ou pour trancher les causes relatives à la liberté (L. 3, L. 7; L. 8, C., *De feriis*, 3-12) (2).

(1) En province, les présidents allaient tenir des assises, *conventus*, dans les principales villes de leur gouvernement, à des époques qu'ils fixaient d'avance. Lorsque le nombre des magistrats fut augmenté, les assises disparurent; et l'administration de la justice fut établie d'une manière permanente dans certaines cités (Cicéron, *in Verrem*, II, 29).

(2) Lorsque le Christianisme devint la religion de l'État, il n'y eut d'abord de jour férié que le dimanche; on y ajouta par la suite diverses fêtes civiles ou religieuses (L. 3; L. 8; C., *De feriis*, 3-12).

CHAPITRE IV.

SYSTÈME DES ACTIONS DE LA LOI.

Ce système de procédure fut en vigueur pendant près de six siècles; il date probablement des origines du droit romain et ne fut définitivement supprimé que par la loi Æbutia qui se place en l'année 577 ou 583 de Rome.

Le mot *actio,* dans cette période, revêt le troisième des sens précédemment indiqués, et désigne un ensemble d'actes symboliques et de paroles solennelles qui conduisent à la réalisation du droit; c'est une forme générale de procédure. Quant à l'expression *legis actiônes* elle vient, ou de ce que ces formes de procédure furent pour la plupart consacrées par la loi des Douze-Tables ou de ce qu'elles impliquaient des formules légales et solennelles (*Gaius*, IV, 11).

On distingue cinq actions de la loi : *actio sacramenti, judicis-postulatio, condictio, manus-injectio, pignoris-capio.*

Les trois premières sont introductives d'instance, et constituent des voies différentes pour arriver à la solution du procès; les deux dernières sont des modes d'exécution forcée sur la personne ou sur les biens. L'*actio sacramenti* et la *manus-injectio*, plus anciennes que toutes les autres, la *judicis-postulatio* et la *pignoris-capio*, qui viennent ensuite, ont certainement précédé la loi des Douze-Tables; la *condictio* lui est postérieure de deux siècles environ.

§ I.

Règles communes à toutes les actions de la loi.

On a souvent le tort d'appliquer indistinctement aux trois systèmes de la procédure romaine certains principes caractéristiques, qui n'ont toute leur vérité qu'à l'époque des actions de la loi.

Caractères généraux des actions de la loi. — Les différentes actions de la loi présentent toutes les quatre caractères suivants : elles sont quiritaires, sacramentelles, personnelles et extinctives.

1° Les actions de la loi sont éminemment *quiritaires.* Les

citoyens seuls pouvaient y figurer; de là sans doute une gêne énorme, qui dut s'accroître à mesure que les relations internationales de Rome prenaient plus d'extension. Ce fut évidemment dans cet exclusivisme rigoureux qu'il faut trouver une des principales causes de la chute des *legis actiones* (*Gaius*, IV, 37. — Cicéron, *Pro Cæcina*, 35).

2° Elles sont essentiellement *sacramentelles*. Le moindre écart des prescriptions légales, la moindre violation du rite consacré pour les gestes ou les mots entraîne la perte du procès.

Gaius nous cite à ce propos le curieux exemple d'un plaideur qui, voulant se plaindre de ce qu'un tiers avait coupé ses vignes, succomba et perdit son procès, pour avoir employé le terme propre *vites*, au lieu de s'être servi du mot générique *arbores* qui était le terme consacré par la loi des Douze-Tables (*Gaius*, IV, 11).

3° Elles sont absolument *personnelles*. En dehors de rares exceptions, nul n'y saurait procéder par représentant, et chacun doit pour son propre compte accomplir les actes symboliques et prononcer les paroles solennelles; *nemo alieno nomine lege agere potest* (L. 123, D., *De regulis juris*, 50-17).

Pour les périodes suivantes, Gaius dira clairement, au contraire, *agere posse quemlibet aut suo nomine, aut alieno* (*Gaius*, IV, 82).

4° Enfin les actions de la loi sont éminemment *extinctives*. Une fois introduite, et quelle qu'en soit l'issue, l'action se trouve consommée de plein droit, définitivement épuisée, et ne peut plus être recommencée; *qua de re semel actum erat, de ea postea agi non poterat*. Cette maxime ne fut appliquée dans le système formulaire qu'à certaines espèces d'instances, et finit par disparaître en réalité pour être remplacée par l'exception de chose jugée (*Gaius*, IV, 106, 107, 108).

Vocatio in jus. — Il ne faut pas perdre de vue qu'à l'exception de la *pignoris-capio*, les solennités des actions de la loi avaient exclusivement lieu devant le magistrat, *in jure*, et restaient étrangères aux débats devant le juge, *in judicio*. Le premier soin à remplir était donc d'amener le défendeur devant le magistrat.

L'acte préliminaire de toute instance que nous appellerions aujourd'hui *ajournement* ou *assignation*, se nommait *vocatio in jus* et se ressentait de la rudesse des temps. Il n'y avait pas d'huissier; le demandeur sommait lui-même, en termes consacrés, son adversaire de comparaître, et devait au besoin lui fournir une monture

ou un chariot, ***jumentum aut arceram***. La personne assignée refusait-elle d'aller en justice, le demandeur constatait ce refus à l'aide de témoins, et pouvait ensuite entraîner l'autre partie de vive force, par le collet, ***in jus rapere, obtorto collo***. Le défendeur ne pouvait pas résister et n'avait d'autre moyen d'échapper à cette contrainte que de transiger ou de fournir un *vindex*, c'est-à-dire un répondant qui prenait à sa charge le procès et la condamnation possible (*Gaius*, IV, 46. — Cicéron, *De legibus*, II, 4. — Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, XX, 1) (1).

La jurisprudence et le droit prétorien apportèrent de bonne heure, à cette *vocatio in jus* violente, des limitations qui tiraient vraisemblablement leur source de coutumes antiques. Ainsi furent déclarés inviolables les citoyens dans leur domicile, les grands magistrats dans la durée de leur magistrature, le pontife dans la célébration du sacrifice, et les époux pendant la cérémonie du mariage. Enfin le préteur défendit aux descendants et aux affranchis d'appeler en justice leurs ascendants ou leurs patrons sans une permission préalable qu'il se réservait d'accorder ou de refuser (L. 2; L. 4; L. 18, D., *De in jus vocando*, 2-4).

§ II.

Étude spéciale de chaque action de la loi.

Ces grandes lignes une fois tracées, il n'est pas nécessaire d'insister longuement sur le détail de chaque action de la loi.

I. — **Actio sacramenti.** — L'*actio sacramenti* était certainement la plus ancienne, la plus vivace et la plus générale de toutes les actions de la loi; c'est aussi celle qui est la mieux connue. Elle s'applique à tous les droits réels ou de créance et s'emploie dans toutes les affaires pour lesquelles la loi n'a pas créé d'autre forme de procédure (*Gaius*, IV, 13).

Sacramentum. — Elle a pour caractère essentiel et pour trait distinctif la constitution du *sacramentum*. Ce mot antique désigne une somme que les parties mettent en gageure et parient sur le fondement de leurs allégations respectives; on l'appelait de ce nom

(1) Les principales formules dont se servait le demandeur pour ajourner le défendeur nous ont été conservées par les auteurs classiques; elles étaient ainsi conçues : *In jus veni; In jus sequere; In jus eamus; In jus te voco.*

parce qu'à l'origine, l'argent ainsi consigné par la partie qui perdait son procès était confisqué pour servir aux besoins du culte, *ad sacra publica* (Festus, v° *Sacramentum*).

La somme était égale pour chacun des adversaires; la loi des Douze-Tables en avait fixé le montant à cinq cents as pour les litiges d'une valeur de mille as et plus, à cinquante as pour les litiges de moindre importance ou relatifs à la liberté. Cet enjeu devait d'abord se déposer à l'avance dans un temple ou dans un autre lieu sacré; plus tard, on admit les plaideurs à le promettre devant le préteur, en fournissant des garants appelés *prædes sacramenti* (*Gaius*, IV, 14, 16).

Tout le procès roulait donc sur ce pari; la décision consistait à dire que le *sacramentum* de l'un ou de l'autre était *justum*, et le vaincu perdait tout ensemble la chose litigieuse qui était remise à son adversaire et le montant de la gageure, qui profitait au trésor public. Le *sacramentum* était donc, au fond, la peine du plaideur téméraire.

Telle était l'essence de l'*actio sacramenti*. Les actes symboliques à réaliser et les paroles solennelles à prononcer variaient d'ailleurs suivant que le droit porté en justice était un droit réel ou un droit personnel.

Application de l'actio sacramenti aux droits réels. — S'agissait-il de revendiquer la propriété quiritaire ou tout autre droit réel, les adversaires, amenés devant le magistrat par la *vocatio in jus*, accomplissaient une lutte simulée, *manuum consertio*. Le demandeur tenant en main la *festuca*, le symbole de la propriété quiritaire, touchait la chose litigieuse et affirmait son droit en ces termes: *hanc ego rem meam esse aio ex jure quiritium*; le défendeur répétait les mêmes paroles et accomplissait les mêmes actes symboliques (*Gaius*, IV, 16. — Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, XX, 7) (1).

Après la *manuum consertio*, le préteur mettait fin au combat si-

(1) Si l'objet revendiqué au lieu d'être une chose mobilière était un immeuble ou même un meuble qu'on ne pouvait transporter devant le magistrat, les parties devaient à l'origine faire la *deductio*, c'est-à-dire se transporter préalablement sur les lieux pour y accomplir les formalités de la *manuum consertio*. Plus tard, ces formes furent simplifiées; les plaideurs n'allaient plus sur le terrain litigieux. Le demandeur provoquait son adversaire à un transport sur les lieux; le défendeur faisait mine de l'y suivre, mais tout aussitôt le magistrat les rappelait : *redite viam*. La procédure continuait ensuite en présence d'un fragment de la chose litigieuse, motte de terre ou tuile que les parties avaient eu soin d'apporter *in jure* (*Gaius*, IV, 17. — Cicéron, *Pro Murena*, 12).

mulé en ordonnant aux deux plaideurs de lâcher tous deux la chose litigieuse : *mitite ambo rem*. Alors le demandeur interrogeait son adversaire sur la cause de sa revendication; *postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris*; le défendeur répondait simplement qu'il avait satisfait aux formalités légales. Venait ensuite la double provocation au *sacramentum*; l'un des plaideurs disait à l'autre : *quando tu injuria vindicavisti*, *sacramento te provoco*. En ce moment on passait à la constitution du *sacramentum*, et le magistrat attribuait la possession intérimaire à l'une des parties. Mais cet avantage n'était accordé qu'à la charge de fournir des répondants qui garantissaient la restitution éventuelle de la chose et des fruits, *prædes litis et vindiciarum*, *id est rei et fructuum*. Le magistrat, ordinairement maître de trancher à son gré cette question provisoire, devait par exception, au cas où l'on revendiquait *in servitutem* une personne libre de fait, fixer la possession dans le sens de la liberté; c'est pour avoir enfreint cette règle au détriment de Virginie qu'Appius Claudius occasionna la chute des décemvirs (*Gaius*, IV, 16. — *Tite-Live*, III, 44-47. — L. 2, § 24, D., *De origine juris*, 1-2).

Application de l'actio sacramenti aux droits de créance. — S'agissait-il d'un droit de créance; dans cette hypothèse, bien moins connue que la précédente, il n'y avait sans doute ni lutte simulée, ni *vindicatio* réciproque, ni possession intérimaire; les rôles étaient distincts, et l'on reconnaissait dès le principe un demandeur et un défendeur. Il est probable qu'avant la constitution du *sacramentum*, les parties s'interpellaient tour à tour sur la dette affirmée par l'une et niée par l'autre. Le demandeur affirmait probablement la dette en ces termes : *aio te mihi dare oportere*; le défendeur, de son côté, devait dire : *nego me tibi dare oportere*; mais on ne peut ici former que des conjectures, car les lacunes du manuscrit de Gaius nous réduisent sur ce point à une ignorance presque complète (*Gaius*, IV, 14, 15).

Procédure in judicio. — Dans tous les cas, en matière réelle ou personnelle, la *datio judicis* venait après la consommation du rite et après la constitution du *sacramentum*. Peut-être, à l'origine, le juge fut-il nécessairement le tribunal des décemvirs, *decemviri litibus judicandis* (qu'il ne faut pas confondre avec les célèbres auteurs des Douze-Tables, *decemviri legibus condendis*), et dans la suite le tribunal des centumvirs.

Mais au plus tard depuis une loi *Pinaria*, de date incertaine, et tout au moins dans les actions personnelles, le magistrat donnait aux plaideurs, sur leur demande, un juge privé, *judex*, après un délai de trente jours qui leur servait à préparer la cause. La *datio judicis* nécessitait donc une comparution nouvelle devant le préteur; on l'assurait de part et d'autre par des cautions, *vades*, d'où vient pour cette garantie le nom de *vadimonium* (*Gaius*, IV, 15) (1).

Au jour fixé, les parties retournaient devant le magistrat, qui nommait le *judex*, en précisant de vive voix les points litigieux que devait trancher la sentence; elles invoquaient le témoignage des assistants, pour établir plus tard devant le juge les paroles consacrées à sa mission par le préteur. De là le nom de *litis contestatio* donné à ce dernier acte de la procédure *in jure*.

Les adversaires s'ajournaient immédiatement à comparaître *in judicio* dès le troisième jour (*in diem tertium sive perendinum*); c'était la *comperendinatio*. Devant le juge, ils présentent un exposé sommaire de la cause, en quelque sorte des conclusions, *causæ collectio* ou *conjectio*. Puis venaient les preuves, les plaidoiries et la sentence. Le juge se prononçait en faveur de tel ou tel plaideur en déclarant que son *sacramentum* était *justum* tandis que celui de l'autre plaideur était *injustum*. Celui dont le *sacramentum* était déclaré *justum* reprenait sa consignation et gagnait son procès; l'autre perdait à la fois et son *sacramentum* et son procès. Quant à la condamnation, elle portait sur la chose elle-même dans les actions réelles; mais dans les actions personnelles, elle était toujours pécuniaire (*Gaius*, IV, 21, 48. — Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, XX, 1. — Cicéron, *De oratore*, I, 10).

II. — **Judicis postulatio.** — La *judicis postulatio* est antérieure à la loi des Douze-Tables; mais ce qu'en disait Gaius ne nous est point parvenu, et les renseignements font défaut.

(1) Ceci n'est vrai que depuis la loi Pinaria qui est probablement de 280 ou de 322 de Rome. Mais on ne sait pas exactement comment les choses se passaient avant cette loi; la difficulté vient de ce que dans le texte de Gaius (IV, 15), il y a un mot dont la dernière lettre seule est très lisible; ce texte porte en effet : *ante eam legem... m dabatur judex*. Certains auteurs comblent la lacune par le mot *nondum* et pensent dès lors qu'avant la loi Pinaria, le magistrat jugeait lui-même sans nommer de *judex*. D'autres interprètes, dont l'opinion paraît plus vraisemblable lisent le mot *statim;* ils en concluent qu'avant cette loi le magistrat nommait immédiatement le juge, dès que la procédure du *sacramentum* était terminée. Cette dernière conjecture a été confirmée par Studmund, qui admet la leçon *statim*.

Elle fut introduite, soit pour épargner aux parties la nécessité de risquer et la chance de perdre le *sacramentum*, soit pour soustraire à l'application de l'*actio sacramenti* des affaires qui s'y pliaient difficilement. En effet, puisque le juge se bornait à déclarer le *sacramentum justum* ou *injustum*, le demandeur était contraint à déterminer lui-même avec précision l'objet de sa demande, et il obtenait tout ou rien. Il est clair que cette méthode offrait de grands périls dans toutes les causes où devaient se faire des calculs, des règlements de compte, une balance d'obligations réciproques. On y remédia par la *judicis postulatio*.

Cette action de la loi n'embrassa que des cas spécialement et limitativement retranchés du domaine général de l'*actio sacramenti*. Ce furent, entre autres, les actions *finium regundorum*, *familiæ erciscundæ*, et les litiges qui formèrent plus tard les *judicia bonæ fidei*, tels que les affaires de tutelle, de vente, de louage, etc. Il y faut joindre sans doute, même parmi les *judicia* qui furent ensuite *stricti juris*, toutes les obligations pécuniairement indéterminées, comme celles portant sur un *facere* ou sur un *præstare* (Cicéron, *De officiis*, III, 10, 17. — *Gaius*, IV, 13).

La formalité essentielle de la *judicis postulatio* consistait vraisemblablement dans la désignation d'un juge privé par le magistrat, sans accord préalable des plaideurs; on ne faisait point de pari. Le formulaire nous en est d'ailleurs inconnu ; nous ne connaissons que la teneur de la formule dans laquelle la demande du juge devait être faite, elle nous a été transmise par Valerius Probus : *judicem arbitrumve postulo uti des*. Il est probable que ces paroles étaient d'abord prononcées par le demandeur *in jure* puis répétées par le défendeur (Valerius Probus, *De juris not. sign.*).

III. — **Condictio.** — Dans l'opinion la plus accréditée, la *condictio* ne fut que le développement d'un système toujours en lutte contre l'ancienne et gênante *actio sacramenti*. Pour en finir avec le *sacramentum* en matière personnelle, il suffisait de lui enlever ce que lui avait laissé la *judicis postulatio*, c'est-à-dire les dettes d'objet déterminé.

Ce fut l'œuvre des lois Silia et Calpurnia, qu'on place par conjecture, la première en 510, la seconde en 520 de Rome. La loi Silia organisa la *condictio* pour les obligations de *dare certam pecuniam;* on entend par *certa pecunia* la somme fixe due en vertu d'une cause unilatérale, comme le *mutuum*, la stipulation, l'*expen-*

silatio, le legs. La loi Calpurnia étendit la même procédure aux obligations de *dare* toute autre *certa res*, par exemple, un esclave individuellement déterminé (*Gaius*, IV, 19, 20).

La *condictio* tire son nom d'une *denuntiatio* ou sommation que le demandeur adresse au défendeur pour l'inviter à se présenter devant le magistrat, au bout de trente jours, à l'effet de recevoir un juge. Il est probable, bien que le contraire ait été soutenu, que cette sommation avait lieu *in jure*.

Il est probable également que le défaut de comparution, à la date indiquée, faisait considérer le défendeur comme *judicatus* ou *confessus*. Le rite et les formules de cette manière d'agir sont d'ailleurs complètement ignorés. On pense en effet que le juge était un *arbiter* dans la *judicis postulatio*, un *judex* proprement dit dans la *condictio*; or le *judex* n'avait pas la même liberté d'appréciation que l'*arbiter* (Festus, v° *Condicere*. — *Gaius*, IV, 18).

En résumé, dès le sixième siècle de Rome, l'*actio sacramenti*, écartée de la sphère des obligations qui se partagent les deux autres procédures introductives d'instance, reste seulement applicable aux questions d'état, de successions et de propriété quiritaire ou de droits réels. Elle paraît être de la compétence du tribunal des Centumvirs (*Gaius*, IV, 31, 95).

IV. — **Manus-injectio.** — La *manus-injectio* n'est pas une procédure introductive d'instance comme les trois actions de la loi dont il vient d'être parlé; c'est, à proprement parler, une voie d'exécution sur la personne du débiteur.

Dans le premier système de procédure, au témoignage formel de Gaius, la sentence de condamnation porte directement sur la chose réclamée. Si donc il s'agit d'un droit réel, le demandeur triomphant se mettra de gré ou de force en possession de l'objet qui en est frappé (*Gaius*, IV, 48).

Mais le droit reconnu peut être un droit de créance; quelles voies sont alors ouvertes au créancier contre le condamné qui ne s'exécute pas? La loi romaine admit dès l'origine l'exécution personnelle, sous la forme de la *manus-injectio*. On en distinguait trois applications diverses : la *manus-injectio judicati*, *pro judicato* et *pura*.

1° *Manus-injectio judicati*. — La *manus-injectio judicati* se donne contre le condamné, *judicatus*, qui n'exécute pas la condamnation dans les trente jours qui suivent la sentence; ce délai expiré,

il est amené devant le magistrat par son adversaire, qui l'appréhende au corps après avoir invoqué en termes solennels le jugement obtenu (*Gaius*, IV, 21).

Le défendeur n'échappe à cette mainmise, *manum sibi depellere*, qu'en donnant un répondant solvable, *vindex*, qui le libère et prend sa cause. A défaut de répondant, il est, par déclaration du préteur, sans renvoi devant un juge, attribué au créancier, *addictus*, *adjudicatus;* le créancier l'emmène et le tient prisonnier chez lui, *in carcere privato*. En droit, l'effet de l'*addictio* n'est pas de le rendre immédiatement esclave, ni même de le mettre *in mancipio;* ni ses enfants ni ses biens ne passent au pouvoir du créancier, puisque les Douze-Tables lui permettent encore de vivre à ses frais, *si volet, suo vivito*. Mais il est traité comme un esclave de fait; il est simplement *in servitute*. La loi des décemvirs fixe au maximum de quinze livres le poids des fers qui peuvent le charger et s'il ne pourvoit lui-même à sa subsistance, le créancier lui doit une livre de froment par jour, avec la paille pour le coucher (*Gaius*, III, 189).

Cette situation durait soixante jours. Dans l'intervalle, le créancier était tenu de conduire l'*addictus*, de neuvaine en neuvaine, aux trois derniers jours de marché de la période (*nundinæ*) sur la place publique (*in comitium*), devant le magistrat en faisant proclamer à haute voix le montant de la condamnation; c'est un suprême appel aux personnes qui lui portaient intérêt. Ce délai de deux mois expiré, si l'*addictus* n'avait pas transigé ou trouvé un *vindex*, il éprouvait une *maxima capitis deminutio* définitive et devenait l'esclave du créancier qui sans doute, malgré le silence des textes, lui succédait à titre universel. Seulement, la loi ne voulant pas conserver dans la cité ce citoyen déchu ordonnait de le vendre *trans Tiberim* ou de le mettre à mort. Quand il y avait plusieurs créanciers, elle les autorisait à se partager le cadavre; mais, s'il faut en croire Aulu-Gelle, l'histoire romaine n'offre aucun exemple d'une telle barbarie (1). Le droit du créancier ne survivait pas à ces mesures (Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, XX, 39-53. — *Gaius*, IV, 21).

(1) On a nié que le créancier eût le droit de tuer son débiteur *addictus* et on a prétendu que la formule employée par la loi des Douze-Tables : *partes secanto* n'était qu'une figure se référant au partage des biens. Une telle interprétation est inadmissible en présence des explications que nous donne Aulu-Gelle (Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, XX, 1).

2° *Manus-injectio pro judicato.* — La *manus-injectio pro judicato*, pareille dans ses effets à la précédente, s'appliquait en l'absence d'une condamnation, notamment au *confessus æris* ou défendeur qui avait fait *in jure* l'aveu d'une dette d'argent, au débiteur engagé *per nexum*, à l'*indefensus* ou débiteur qui ne comparaissait pas, dans l'*actio per condictionem*, pour la *datio judicis*.

Elle résultait aussi de la loi Publilia contre le *reus* qui ne remboursait pas dans les six mois au *sponsor* les sommes par lui payées à sa décharge, et de la loi Furia *de sponsu* contre le créancier qui avait exigé d'un *sponsor* au delà de sa part virile (*Gaius*, IV, 22; — *supra*, p. 89).

3° *Manus-injectio pura.* — La *manus-injectio pura* était moins rigoureuse que les deux précédentes et laissait au débiteur la faculté de se défendre lui-même, sans l'intervention d'un *vindex*. Entre autres exemples, la loi Furia *testamentaria* l'accordait contre le légataire qui avait accepté un legs de plus de mille as. La loi *Marcia* l'accordait également contre les *fæneratores* qui avaient touché des intérêts usuraires (*Gaius*, IV, 23. — *Voir* t. I, p. 381).

Une loi postérieure, probablement la *lex Vallia*, fit rentrer dans la *manus-injectio pura* tous les cas de la *manus-injectio pro judicato*, si ce n'est l'hypothèse du *sponsor* qui avait payé pour le *reus* (*Gaius*, IV, 25) (1).

Les textes des historiens classiques amènent à penser que l'usage ou la loi dispensa le créancier de l'alternative de vendre ou de tuer le débiteur soixante jours après l'*addictio*; on lui permit de le garder dans un *quasi-mancipium*, à la condition de l'affranchir une fois racheté par son travail (*Tite-Live*, VIII, 28).

On verra plus tard la contrainte par corps se transformer et devenir publique, de privée qu'elle était au temps des actions de la loi.

V. — **Pignoris-capio.** — L'ancien droit romain connut aussi une voie d'exécution sur les biens, *pignoris-capio*; mais elle était exceptionnelle et tout à fait inapplicable aux créances particulières.

Elle n'avait lieu qu'en certaines matières de droit public ou sacré, limitativement déterminées, par la coutume ou par une loi spéciale. Le demandeur victorieux était autorisé à saisir lui-même, comme

(1) Tous les auteurs ne donnent pas le même nom à cette loi; les uns l'appellent *Valeria*, d'autres *Varia*, etc., mais le nom *Vallia* est le plus probable, il est proposé par Studmund.

gage, des biens du débiteur qui ne les libérait qu'en payant (*Gaius*, IV, 26, 27, 28) (1).

La *pignoris-capio* différait d'ailleurs des autres actions de la loi à plusieurs points de vue : d'abord elle ne se déroulait pas devant le magistrat; ensuite, elle n'exigeait pas que le débiteur fût présent; enfin, elle pouvait s'accomplir même un *dies nefastus;* aussi des jurisconsultes refusaient-ils d'y voir une véritable *legis actio*. Mais l'avis contraire prévalut, à raison des paroles solennelles qu'elle nécessitait (*Gaius*, IV, 29).

CHAPITRE V.

SYSTÈME FORMULAIRE.

Les complications rigoureuses et les formalités gênantes des actions de la loi devaient fatalement en entraîner la ruine; *sed istæ omnes legis actiones*, nous dit Gaius, *paulatim in odium venerunt* (*Gaius*, IV, 30).

Une loi *Æbutia*, qu'on place à la fin du sixième siècle de Rome, en l'année 577 ou 583, et les deux lois *Juliæ judiciariæ*, rendues probablement au temps d'Auguste, achevèrent l'œuvre des mœurs en renversant les derniers vestiges de l'antique procédure, pour y substituer un système plus simple et plus approprié aux besoins de la pratique. Seule, l'*actio sacramenti* conserva deux applications : 1° pour les affaires de la compétence des centumvirs; 2° au cas de *damnum infectum;* mais Gaius constate lui-même, qu'on recourait de préférence à la stipulation prétorienne (*Gaius*, IV, 30, 31).

Le système formulaire domina la procédure durant tout le bel âge de la jurisprudence, depuis Cicéron jusqu'à Dioclétien.

(1) Ainsi la coutume admettait la *pignoris-capio* en faveur des militaires contre les débiteurs de l'*æs militare*, de l'*æs equestre* et de l'*æs hordearium*. La loi des Douze-Tables l'avait introduite contre l'acheteur d'une victime (*hostia*) qui n'en payait pas le prix et contre le locataire d'une bête de somme (*jumentum*), lorsque la *merces* devait être affectée à un sacrifice. Enfin, une loi Censoria l'accordait également aux Publicains ou fermiers d'impôts contre les particuliers qui n'acquittaient pas les contributions dont ils étaient tenus (*Gaius*, IV, 26, 27, 28. — Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, VII, 10).

§ I.

Origine et caractères distinctifs du système formulaire.

Origine du système formulaire. — L'origine de ce système a soulevé parmi les commentateurs de grandes controverses et a fait naître de nombreuses difficultés.

La conjecture la plus vraisemblable le rattache à l'institution du *prætor peregrinus*. Vers l'an 507 de Rome, les rapports fréquents des citoyens avec les pérégrins nécessitèrent la création d'une juridiction nouvelle; car on ne pouvait ouvrir la procédure éminemment quiritaire des *legis actiones* aux étrangers, qui avaient en conséquence l'obligation stricte et la faculté spéciale, mais gênante, de s'y faire représenter par un citoyen (*Gaius*, IV, 31).

Le préteur pérégrin imagine alors des formes plus simples. Il nomme pour juges des *recuperatores*, au nombre de cinq ou de trois, investis ou non de la cité romaine. Ensuite, par une instruction écrite, *formula*, qui n'a rien de solennel, il les charge de vérifier si tels faits ont eu lieu, ainsi que les parties l'affirment; enfin, il leur donne le pouvoir de condamner ou d'absoudre, suivant la solution. Mais, comme nous sommes ici en dehors de la loi civile, cette condamnation ne pourra consister, ni dans la reconnaissance ou l'attribution d'aucun droit réel *ex jure quiritium*, ni dans l'exécution directe d'aucune obligation; elle aura toujours et nécessairement pour objet une somme d'argent (*Gaius*, IV, 48).

Les citoyens eux-mêmes ne tardèrent pas à comprendre les avantages de cette méthode, dans leurs procès avec les pérégrins. Dès lors, sous la pression de besoins de jour en jour plus manifestes, les préteurs songèrent à l'extension du nouveau système, et le développèrent sous le voile d'une imitation plus ou moins correcte de l'antique procédure.

On constate aisément deux principales traces des efforts qui furent tentés pour relier la procédure formulaire à la procédure primitive. Ce sont d'abord les *formulæ fictitiæ;* ce sont ensuite les *sponsiones*.

Formulæ fictitiæ. — Les *formulæ fictitiæ* sont des formules rédigées par fiction d'une action de la loi, *quæ ad legis actionem exprimuntur*. Le magistrat y supposait le rite accompli, et char-

geait par écrit le juge de condamner, le cas échéant, comme il l'eût fait dans l'action de la loi. Ainsi dans la formule donnée aux Publicains à l'image de la *pignoris-capio*, on voit que le contribuable était condamné à payer la même somme que s'il y avait eu réellement *pignoris-capio*. Cet exemple est le seul que Gaius nous ait conservé; néanmoins, il est certain que toutes les actions de la loi, à l'exception de la *condictio*, avaient été imitées de la même manière (*Gaius*, IV, 10, 32, 33) (1).

Sponsiones. — Les *sponsiones*, dont l'usage persista dans la revendication et les poursuites de droits réels, sont également une dérivation de l'ancienne procédure des actions de la loi. La *sponsio*, copie du *sacramentum*, est un simple engagement pris *in jure* par les parties entre elles. Sur cette gageure est construite une formule; le juge n'a plus qu'à rechercher quelle est la *sponsio justa*, et décide par là même le procès (*Gaius*, IV, 91, 93).

La *sponsio* est tantôt d'une fraction de la valeur litigieuse, comme du tiers, du quart, tantôt abandonnée à la volonté des plaideurs. Dans les actions personnelles, elle est généralement bilatérale et *pœnalis*, en ce sens que la somme pariée par le perdant est acquise, non au trésor public, mais au gagnant. Dans les actions réelles, elle est unilatérale et *præjudicialis*, en ce sens qu'elle sert uniquement à l'engagement de l'instance, et que le vainqueur n'a pas droit au montant de la gageure (*Gaius*, IV, 13, 93, 94, 171).

Mais ce ne furent là que des expédients destinés à faciliter la transition entre les deux systèmes de procédure et l'on ne tarda pas à rédiger directement et librement les formules. Seulement, lorsque les *formulæ* s'introduisirent dans les procès entre citoyens, elles ne se bornèrent plus de toute nécessité à des questions de fait, et purent contenir des questions de droit; elles ne furent plus toujours *conceptæ in factum*, elles furent aussi et parfois *in jus conceptæ* (*Gaius*, IV, 45, 46).

Caractères distinctifs du système formulaire. — Le sys-

(1) Ces *formulæ fictitiæ* ne doivent pas se confondre avec les actions fictices d'origine prétorienne et dont il sera parlé plus loin. Dans les actions fictices proprement dites, on suppose un fait ou une qualité qui n'existe réellement pas; mais ces suppositions n'ont rien de commun avec les actions de la loi, ce sont, pour employer le langage de Gaius, des fictions d'un autre genre, *alterius generis fictiones* (*Gaius*, IV, 34).

tème formulaire, tel qu'il apparaît en lui-même, se distingue d'abord des *legis actiones* par un caractère négatif; il ne comporte plus d'actes symboliques ni de paroles sacramentelles (*Gaius*, IV, 30).

Au point de vue positif, il a pour signe propre et en quelque sorte caractéristique la rédaction régulière d'un écrit ou formule, *formula*, qui sert de base à toute la procédure. Il présente également ce caractère particulier que la condamnation prononcée contre le plaideur qui succombe est nécessairement une condamnation pécuniaire (*Gaius*, IV, 48) (1).

Enfin sous le système formulaire, comme sous le précédent, l'instance se divise encore en deux phases distinctes : l'une qui se passe *in jure* devant le magistrat et l'autre qui se déroule *in judicio* devant le juge (L. 51, D., *De oblig. et act.*, 44-7).

§ II.

Procédure in jure sous le système formulaire.

La procédure *in jure* s'ouvre d'abord et tout naturellement par la *vocatio in jus* qui doit amener les plaideurs devant le magistrat.

Vocatio in jus. — L'ajournement ou *vocatio in jus* présente sous ce système une organisation moins primitive et plus régulière qu'à l'époque des actions de la loi. Elle est encore, en principe du moins, l'œuvre du demandeur lui-même, mais la résistance du défendeur au lieu d'autoriser l'emploi de la violence, lui fait simplement encourir une amende, *mulcta*, poursuivie contre lui par une action prétorienne *in factum* (L. 2, § 1, D., *Si quis in jus voc.*, 2-5. — *Gaius*, IV, 46).

La personne citée est libre d'échapper à l'obligation de suivre immédiatement son adversaire, en fournissant un *vindex*, qui comparaîtra à sa place; le défendeur peut même se contenter de donner la *cautio in jure sistendi*, c'est à-dire promettre de comparaître à jour fixe en offrant un fidéjusseur suffisamment solvable (L. 22, § 1, D., *De in jus voc.*, 2-4; L. 1, D., *Si quis in jus voc.*, 2-5).

On retrouve encore dans cette période les immunités accordées

(1) Il est à remarquer que cette particularité dérive probablement de l'origine que nous avons assignée aux *formulæ*.

dans le système des *legis actiones*, notamment aux magistrats en fonctions, aux ascendants, aux patrons, etc. (*supra*, p. 331).

Vers la fin du système formulaire, apparaît un autre procédé de citation probablement consacré par l'empereur Marc-Aurèle et qui s'appelle la *litis denuntiatio*. Il consiste en une notification adressée par le demandeur au défendeur et contenant la fixation d'un jour pour comparaître devant le magistrat ainsi que l'indication sommaire de l'objet de la demande (L. 7, D., *De inoff. test.*, 5-2; L. 26, §§ 6, 11, D., *De hered. pet.*, 5-3).

Contumace. — Si le défendeur régulièrement cité ne comparaît pas ou s'il se cache pour que la *vocatio in jus* ne puisse l'atteindre, le magistrat envoie le demandeur en possession de ses biens, après des formalités préalables. Cette *missio in possessionem* aboutit ordinairement à la vente des choses saisies, et la vente se fait à l'expiration d'un délai qui nous est inconnu. D'ailleurs, ces mesures coercitives supposent la preuve du droit de la partie qui poursuit (L. 19, D., *De in jus vocando*, 2-4; L. 7, § 1, D., *Quibus ex causis in poss.*, 42-4).

Actionis editio. — Lorsque les parties sont présentes *in jure*, le demandeur doit exposer sa prétention et indiquer quelle est l'action qu'il veut intenter, *edit actionem*. L'*editio actionis* a pour but d'éclairer le défendeur; ainsi averti, il aura à voir s'il doit continuer le procès ou s'il vaut mieux pour lui déférer à la demande de son adversaire. Le demandeur doit en même temps produire les titres *instrumenta*, dont il veut faire usage; c'est l'*instrumentorum editio* (L. 1, pr., § 2, D., *De edendo*, 2-13).

Après, vient la *postulatio actionis;* le demandeur sollicite du magistrat la délivrance de telle formule qu'il indique; il peut même désirer qu'on lui en délivre deux se réservant plus tard de choisir celle qu'il voudra employer (L. 1, § 4, D., *Quod legatorum*, 43-3).

Il peut se faire que le magistrat n'ait pas le temps d'expédier l'affaire le même jour, ou que la nécessité de produire des pièces, de fournir des preuves, etc., empêche la procédure *in jure* de se clore le jour de son ouverture. Il est également possible que le défendeur réclame le temps de la réflexion; alors le préteur renvoie les parties en faisant prendre au défendeur l'engagement de se représenter devant lui à jour fixe. Cette promesse ou *vadimonium* se fait tantôt *cum satisdatione*, tantôt *sine satisdatione*, tantôt enfin

cum jurejurando; elle ne doit pas ordinairement dépasser la moitié du montant de la demande (*Gaius*, IV, 184, 185, 186).

Délivrance de la formule. — Au jour de la première ou de la seconde comparution suivant les cas, le magistrat délivre la formule. Il en arrête la rédaction et en fixe les différentes parties sur les indications fournies par chaque plaideur.

D'ailleurs, une remarque importante à faire, c'est que le magistrat n'est pas obligé de délivrer la formule; il peut la refuser, *denegare actionem*, et il jouit à cet égard d'un pouvoir presque absolu. Les préteurs eurent dans cette faculté leur arme la plus puissante pour battre en brèche l'ancienne législation et leur meilleur instrument pour édifier la nouvelle (L. 102, § 1, D., *De reg. juris*, 50-17).

La délivrance de la formule met fin à la procédure *in jure;* l'instance est alors organisée et la *litis contestatio* se produit; on en verra bientôt les effets importants.

Incidents de procédure. — La marche ordinaire de la procédure, telle qu'elle vient d'être décrite, se trouve souvent modifiée et compliquée par divers incidents dont les uns arrêtent et terminent le procès, et dont les autres se bornent à apporter des retards à l'affaire. Les principaux incidents de procédure qui peuvent se produire *in jure* sont : les *interrogationes*, la *confessio* et la *jusjurandum.*

Les *interrogationes in jure* sont des questions faites à l'une des parties, soit par l'autre plaideur, soit par le magistrat lui-même et qui sont destinées ou à préciser les qualités des personnes en cause, ou à obtenir certains renseignements nécessaires à la rédaction de la formule (L. 1, D., *De interrog. in jure*, 11-1. — Conf., C. Pr., art. 119, 334-336).

La *confessio in jure* ou aveu judiciaire est la déclaration par laquelle le défendeur reconnaît l'exactitude et le fondement des prétentions de son adversaire; elle a pour effet de mettre fin aux débats et de terminer l'instance : *confessus in jure pro judicato habetur* (L. 1, D., *De confessis*, 42-2. — Conf., C. C., art. 1354-1356).

Quant au *jusjurandum in jure* sur lequel nous aurons à revenir, c'est le serment déféré par l'une des parties à l'autre pour en faire dépendre la solution du procès. Le plaideur à qui le serment a été déféré doit en principe le prêter ou le référer; s'il le prête, il gagne son procès; s'il le refuse, il le perd (L. 34, §§ 6, 7, D., *De jurejurando*, 12-2. — Conf., C. C., art. 1358-1365).

§ III.

De la formule et de ses parties.

La formule est une instruction par écrit, émanée du magistrat *in jure*, et qui pose au juge les questions de droit et de fait qu'il devra résoudre *in judicio*.

Elle sert de lien entre les deux phases du procès qu'elle organise; elle implique nécessairement un écrit et doit être conçue en termes solennels, *concepta verba* (*Gaius*, IV, 30).

Avant tout, elle contient la *datio judicis*, c'est-à-dire la désignation du juge ou des récupérateurs auxquels elle s'adresse; *Seius judex esto. Titius, Seius et Mœvius recuperatores sunto.* C'est par cette mention qu'elle s'ouvre.

On distingue d'ailleurs dans la formule des parties principales et des parties accidentelles; Gaius appelle les premières, *partes* et les secondes, *adjectiones* (*Gaius*, IV, 39, 127).

Partes. — Les parties principales de la formule sont celles qui se rencontrent nécessairement, sinon dans une action quelconque, au moins dans certaines classes d'actions; ce sont les quatre suivantes : *demonstratio*, *intentio*, *condemnatio*, *adjudicatio* (*Gaius*, IV, 39).

1° *Demonstratio.* — La *demonstratio* est l'exposé des faits de la cause, l'indication de la source du droit réclamé, par exemple : *quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit* (1), ou encore : *quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium hominem deposuit* (*Gaius*, IV, 40) (2).

2° *Intentio.* — L'*intentio*, qui correspond assez exactement à nos *conclusions* modernes, est la partie de la formule dans laquelle le demandeur pose ses prétentions, *concludit desiderium suum*; elle détermine l'objet de la demande et indique le droit réel ou de créance dont le demandeur se prétend titulaire (*Gaius*, IV, 14).

(1) La *demonstratio* ne contient pas toujours la dénomination *technique* du *negotium juris* qui a donné lieu au procès; il peut arriver, comme dans l'action *præscriptis verbis*, qu'elle contienne un exposé de fait. On dit alors que la *demonstratio* est *in factum*.

(2) La qualification de *Numerius Negidius* se réfère au défendeur (*negator*), celle d'*Aulus Agerius* vise le demandeur (*actor*).

L'*intentio* est conçue *in rem* lorsque l'action tend à la poursuite d'un droit réel parce qu'alors le nom du défendeur n'y figure pas : *Si paret hominem ex jure quiritium Auli Agerii esse.* Elle est au contraire rédigée *in personam* lorsque l'action tend à la réclamation d'une créance; on l'appelle ainsi parce qu'alors elle contient le nom du défendeur : *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem millia dare oportere.*

Elle peut encore être *certa* ou *incerta; certa* lorsqu'elle détermine absolument l'objet et l'étendue de la demande; *incerta*, dans toute autre hypothèse, elle porte alors la mention : *Quidquid paret,* etc. Enfin, l'*intentio* peut être *concepta in jus* ou *concepta in factum;* c'est de là que dérive la célèbre division des *actiones* en actions *in jus* et en actions *in factum* (*Gaius*, IV, 45, 46).

3° *Condemnatio.* — La *condemnatio* est la partie de la formule qui donne au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre (*Gaius,* IV, 43).

Les pouvoirs dont elle investit le *judex* sont très variables ; car elle apparaît sous trois formes principales. *Certa*, elle met le juge dans l'alternative d'absoudre ou de condamner à une somme fixe; *judex Numerium Negidium, Aulo Agerio sestertium decem millia condemna, si non paret absolve. Infinita*, elle n'impose aucune limite à la sentence; *quanti ea res erit tantam pecuniam judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolve. Cum taxatione*, elle ne détermine aucun chiffre précis et marque seulement un *maximum ; judex, Numerium Negidium, Aulo Agerio duntaxat decem millia sestertium condemna, si non paret absolve.* Le juge doit se conformer à la *condemnatio*, sous peine de *litem suam facere,* comme on l'a vu au titre des quasi-délits (*Gaius,* IV, 50, 51).

En principe, il n'y a de condamnation possible qu'envers le défendeur.

4° *Adjudicatio.* — L'*adjudicatio* communique au juge la faculté d'attribuer, soit à l'un ou à l'autre, soit aux deux plaideurs, une propriété ou des droits réels non préexistants : *quantum adjudicari oportet, judex adjudicato* (*Gaius,* IV, 42. — *Voir* t. I, p. 173).

Toute formule ne contient pas nécessairement ces quatre parties. La seule partie absolument essentielle est l'*intentio*, parce qu'on ne conçoit pas de poursuite judiciaire sans une demande adressée à

la justice; aussi existe-t-elle toujours, et l'on étudiera même plus tard une classe d'actions, appelées préjudicielles, *præjudicia*, dont la formule se compose uniquement de cette partie. Hormis ce cas assez rare, l'*intentio* s'accompagne au moins de la *condemnatio*, qui en est la sanction pratique et nécessaire.

Quant à la *demonstratio*, elle manque dans les actions personnelles *in factum;* elle fait aussi défaut dans les actions réelles, ou plutôt elle s'y confond avec l'*intentio*. Car dans l'action *in factum*, la question de droit posée au juge se dissimule pour ainsi dire sous une simple question de fait, d'où le magistrat tire des conséquences étrangères à la loi civile; l'obligation qui lui plaît d'y rattacher s'identifie et s'incorpore en quelque sorte avec le fait générateur. Dans l'action réelle, le demandeur se prétend investi d'un droit réel, propriété, servitude ou autre, et le prouvera par tous les moyens possibles, sans en limiter la source à tel ou tel événement, *omnes causæ una petitione adprehenduntur* (L. 14, § 2, D., *De except. rei iud.*, 44-2; L. 159, D., *De regulis juris*, 50-17) (1).

Enfin l'*adjudicatio*, qui précède d'ailleurs la *condemnatio*, ne se présente que dans les trois actions divisoires : *finium regundorum, familiæ erciscundæ, communi dividundo;* elles sont donc les seules dont la formule ait quatre parties (*Gaius*, IV, 42, 44. — *Inst.*, L. IV, t. XVII, *De off. judicis*, § 6).

Adjectiones. — Les parties accessoires de la formule sont celles qui ne se rencontrent nécessairement dans aucune action, mais qui peuvent se rencontrer dans toutes. On les trouve en tête ou dans le corps de la formule; elles se divisent en *præscriptiones* et *exceptiones*.

I. — *Præscriptiones.* — Les *adjectiones* inscrites en tête de la *formula* s'appelaient pour ce motif *præscriptiones* ou *præjudicia;* elles intervenaient dans l'intérêt du demandeur ou du défendeur.

1° La *præscriptio* dans l'intérêt du demandeur, *ex parte actoris*, a pour objet d'apporter des restrictions à la demande; elle a pour but de réserver des droit ultérieurs, fondés sur les faits qui justifient la poursuite actuelle, mais que le demandeur ne veut pas actuellement déduire en justice.

(1) Le demandeur pourrait agir *expressa causa*, c'est-à-dire qu'il pourrait déterminer dans la formule, à l'aide d'une *præscriptio*, quels sont les faits juridiques sur lesquels il prétend baser son droit de propriété ou son droit réel (L. 11, § 2, D., *De except. rei jud.*, 44-2).

On en a déjà vu deux exemples, *ea res agatur cujus rei dies fuit* dans la stipulation de rente viagère, *ea res agatur de fundo mancipando* dans la vente. On verra un troisième cas sur la théorie de l'*exceptio rei judicatæ ;* le titulaire d'une action réelle qui veut se réserver le droit d'intenter à nouveau son action doit déterminer les causes d'acquisition sur lesquelles il se fonde et agir *expressa causa* (*Gaius*, IV, 131. — L. 11, § 2, D., *De except. rei jud.*, 44-2. — *Inst.*, L. III, t. XV, *De verb. oblig.*, § 3; — *supra*, p. 51, 148).

2° La *præscriptio* dans l'intérêt du défendeur, *ex parte rei*, est une fin de non-recevoir que le juge doit examiner avant tout débat sur le fond.

Ainsi, le déclinatoire d'incompétence reçoit dans les textes le nom de *præscriptio fori*. De même, lorsqu'une action prétorienne est intentée après un an, ou que le possesseur de bonne foi d'un fonds provincial est poursuivi en revendication après dix ou vingt ans, le défendeur oppose la *præscriptio temporis*, ou *longi temporis*. Cette dernière, malgré l'abolition du système formulaire et sa propre transformation, s'est perpétuée à travers les siècles sous le même titre de prescription (*Gaius*, IV, 133).

II. — *Exceptiones*. — L'*exceptio*, dont on distinguera plus loin les diverses espèces, est une défense indirecte, qui paralyse en fait une action fondée en droit. A la différence de la *defensio* proprement dite ou directe, elle ne contredit pas la prétention du demandeur; au contraire, elle la suppose établie et prouvée. Seulement elle lui oppose un événement extrinsèque, ordinairement une raison d'équité, quelquefois même une loi qui doit en empêcher l'effet.

Par exemple un débiteur, convaincu de sa dette et valablement poursuivi, invoque une exception tirée du dol de son créancier, ou d'un pacte *de non petendo*, ou de la loi Cincia dont il a dépassé le taux en s'obligeant, etc. L'*exceptio* est donc une clause accessoire, le plus souvent d'origine prétorienne, qui subordonne la condamnation du défendeur, une fois justifiée l'*intentio* du demandeur, à l'inexistence de telle ou de telle circonstance donnée. Elle prend place dans la formule, ordinairement à la fin de l'*intentio*, quelquefois dans la *condemnatio* (L. 2, D., *De exceptionibus*, 44-1).

Le demandeur combat l'exception, d'abord par une défense directe, ensuite, dès qu'elle établie, par une exception inverse qui s'appelle *replicatio*. C'est ainsi qu'à l'exception du *pactum de non petendo*, il opposera, le cas échéant, une *replicatio* tirée d'un

pacte postérieur qui lui a rendu le droit d'agir, etc. A la *replicatio* elle-même peuvent s'opposer une *duplicatio* du défendeur, une *triplicatio* du demandeur, etc. (*Inst.*, L. IV, t. XIV, *De replicationibus*, pr., §§ 1, 2).

L'exception victorieuse aboutit à l'absolution de la partie poursuivie, et fait en principe obstacle pour l'avenir au renouvellement de l'action désormais épuisée. Ce n'est que très rarement qu'elle se borne à restreindre la condamnation du défendeur (L. 2, § 2; L. 22, pr., D., *De except.*, 44-1).

Il n'a jamais été question d'assimiler aux exceptions proprement dites les *præscriptiones ex parte actoris*, qui n'ont évidemment d'autre résultat que de limiter la demande. A l'égard des *præscriptiones ex parte rei*, il s'est élevé une controverse; en les supposant admises, épuisent-elles l'action, ou la laissent-elles intacte pour une poursuite ultérieure? Le droit ancien donne prise au doute, si ce n'est à propos de la *præscriptio temporis* qui est certainement extinctive, et de la *præscriptio fori* qui ne l'est certainement pas. Mais avant la fin du système formulaire, les *præscriptiones ex parte rei* subirent une complète métamorphose, et devinrent de vraies exceptions par leur place et par leur effet. Car, inscrites dans la formule à la suite de l'*intentio*, elles amenèrent désormais l'absolution du défendeur. Ce changement, que signale déjà Gaius, paraît incontestable pour le temps de Dioclétien (*Gaius*, IV, 133. — L. 9, C., *De præscript. long. temp.*, 7-33).

§ IV.

Litis contestatio.

Sous le premier système de procédure, lorsque les différentes solennités de la *legis actio* s'étaient terminées *in jure*, les plaideurs s'adressaient aux personnes présentes en disant : *testes estote*, c'est de là qu'est venue l'expression *litis contestatio*, pour désigner le moment où l'instance est définitivement organisée. Cette invocation faite aux témoins devint inutile sous le système suivant, puisqu'alors l'organisation de l'instance se trouvait constatée par un écrit *formula*. Néanmoins, le mot *litis contestatio* est resté dans la langue du droit pour indiquer, comme par le passé, la clôture de la première partie de la procédure.

Désormais, cette clôture coïncide avec la délivrance de la formule; il en résulte donc que pendant la période formulaire, la *litis contestatio* n'est à vrai dire que le lien juridique qui se forme entre les plaideurs au moment même où ils reçoivent et acceptent la formule du magistrat.

Moment précis de la litis contestatio. — A quel moment exact de l'instance se produit la *litis contestatio?* Forme-t-elle le dernier acte de la procédure *in jure;* forme-t-elle au contraire le premier acte de la procédure *in judicio?*

Une constitution attribuée par le Code aux empereurs Sévère et Antonin Caracalla semble placer la *litis contestatio* dans la seconde partie de l'instance, au moment où les parties ont terminé devant le juge l'exposé de l'affaire; *lis enim tunc contestata videtur cum judex per narrationem negotii causam audire cæperit* (L. 1, C., *De litis contest.*, 3-9).

Malgré ce texte, on s'accorde généralement à considérer la *litis contestatio* comme étant le dernier acte de la procédure *in jure.* Le témoignage de tous les documents juridiques ou littéraires ne permet aucun doute à cet égard. Ainsi, voit-on souvent les mots *litem contestari* pris comme synonymes des expressions *ordinare judicium, accipere judicem, incohare litem,* etc. Cette proposition se trouve d'ailleurs confirmée par un très grand nombre de fragments empruntés aux jurisconsultes de l'époque classique; le plus concluant de tous ces textes est de Paul (L. 28, § 4, D., *De judiciis,* 5-1) (1).

Ce jurisconsulte suppose un *legatus provinciæ,* se trouvant à Rome; en règle générale, le *legatus* n'est pas obligé de se laisser poursuivre à Rome, mais si l'action dont il est passible est sur le point de s'éteindre, il devra comparaître devant le préteur *ut lis contestetur.* Or, ce ne sera certainement qu'après le retour du *legatus* dans sa province que l'affaire sera soumise au *judex;* donc les parties ne sont pas encore devant le juge à l'instant où se produit la *litis contestatio.*

Reste alors à expliquer le rescrit des empereurs Sévère et Caracalla. En admettant, ce qui n'est pas incontestable, que ce rescrit appartienne réellement aux empereurs dont il porte le nom et qu'il

(1) L. 1, § 2, D., *De Feriis*, 2-12; L. 16; L. 17, pr., D., *De procurat.*, 3-3; L. 39, D., *De judiciis,* 5-1; L. 25, § 8, D., *De ædilit. edicto,* 21-1. — *Gaius,* IV, 86, 87. — Festus, v° *contestari.*

n'ait pas été altéré par Justinien, on peut très vraisemblablement supposer que dans la pensée de ses auteurs, il devait s'appliquer aux cas exceptionnels où, déjà à cette époque, le magistrat procédait *extra ordinem* sans renvoi devant un juge, cumulant ainsi les deux rôles et fondant ensemble les deux instances.

Effets de la litis contestatio. — On peut ramener à trois les effets généraux produits par la *litis contestatio*.

Le premier effet général de la *litis contestatio* touche au fond même du droit et transforme l'action déduite en justice. Le second effet touche à la procédure, engage contradictoirement l'instance et fixe les éléments tant personnels que réels du procès. Enfin, le troisième effet se réfère à la mission du juge et détermine l'époque où il devra se placer pour apprécier le litige.

I. — *Transformation du droit déduit en justice.* — La *litis contestatio* détruit le rapport légal qui existait auparavant entre les parties et le remplace par un rapport nouveau, l'obligation de subir le *judicium* jusqu'à la sentence. Gaius exprime très clairement cet effet remarquable : *ante litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnari oportere* (*Gaius*, III, 180).

Cette extinction se produit, tantôt *ipso jure*, tantôt *per exceptionem*. Elle opère *ipso jure* lorsque l'action est personnelle, la formule *concepta in jus* et le *judicium legitimum*; dans ce cas, l'action sera plus tard refusée au demandeur actuel qui voudrait renouveler la poursuite. En l'absence de l'un des trois caractères signalés, c'est-à-dire quand l'action est *in rem*, *in factum*, on constitue un *judicium imperio continens*, l'extinction s'opère *exceptionis ope*; autrement dit, si le demandeur actuel renouvelait plus tard la poursuite, le défendeur ne pourrait pas s'opposer à la concession d'une nouvelle formule, son seul droit serait d'y faire insérer l'exception *rei in judicium deductæ* (*Gaius*, IV, 104, 105, 106).

Quant à l'obligation de subir l'instance, *sisti in judicio*, qui remplace le droit originaire, on doit la considérer comme née d'un quasi-contrat ou de la loi (L. 3, § 11, D., *De peculio*, 15-1; L. 22, D., *De tutelæ*, 27-3).

Ce résultat extinctif de la *litis contestatio* est assez souvent qualifié de novation; on a même imaginé pour ce cas l'expression de novation nécessaire ou judiciaire. Si l'on veut exprimer ainsi l'idée

que la *litis contestatio* peut servir à réaliser une délégation par changement de créancier ou de débiteur, rien de plus juste. Mais voir dans l'extinction qu'elle amène une novation véritable, ce serait réformer la langue des jurisconsultes romains, qui ont toujours fait de l'*animus novandi* une condition essentielle du *novare*. Eux-mêmes prirent soin d'ailleurs de signaler des différences profondes entre ces deux événements juridiques. 1° La novation proprement dite détruit l'obligation avec tous ses accessoires, tandis que la *litis contestatio* laisse subsister tous les accessoires du droit primitif; car il serait déraisonnable de priver le demandeur de ses garanties et de ses avantages, tels que gages, privilèges, intérêts, et d'empirer sa position parce qu'il poursuit son droit. 2° La novation anéantit complètement l'obligation primitive, tandis que l'extinction produite par la *litis contestatio* laisse subsister une dette naturelle; ainsi le débiteur, s'il payait après une sentence d'absolution, ne serait pas admis à la *condictio indebiti* (L. 11, § 1; L. 18; L. 29, D., *De novationibus*, 46-2; L. 35, D., *De usuris*, 22-1; L. 86; L. 87, D., *De regulis juris*, 50-17; L. 28, D., *De condict. indebiti*, 12-6. — F. V., § 263) (1).

C'est par la substitution d'un nouveau rapport légal à l'ancien que s'explique une conséquence capitale de la *litis contestatio*. Elle rend perpétuelles dans le sens romain du mot, et transmissibles aux héritiers des deux plaideurs, les actions jusqu'alors temporaires et intransmissibles, comme la plupart des actions prétoriennes, l'action d'injure et les actions pénales; *omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent* (L. 58, D., *De obligat. et act.*, 44-7; L. 139, D., *De regulis juris*, 50-17).

II. — *Organisation contradictoire de l'instance et détermination des éléments du procès.* — La *litis contestatio* a une grande in-

(1) On pourrait encore relever d'autres différences moins importantes entre la novation proprement dite et l'effet extinctif de la *litis contestatio*. 1° Ainsi la novation purge la demeure du débiteur, tandis que la *litis contestatio* ne la purge jamais, mais la fait naître souvent. 2° La novation intervenue entre le créancier du défunt et l'héritier entraîne déchéance du bénéfice de la séparation des patrimoines; il n'en est pas de même de la *litis contestatio*. 3° Enfin, tandis que la novation volontaire peut s'appliquer à une obligation naturelle, il est bien évident qu'une obligation de ce genre ne produisant pas d'action, ne peut être déduite *in judicium* (L. 29, D., *De novat.*, 46-2; L. 1, § 10; L. 7, D., *De separat.*, 42-6).

fluence sur la procédure elle-même, elle engage en effet contradictoirement l'instance, et en détermine les éléments essentiels, chose litigieuse, juge et plaideurs.

La *litis contestatio* organise d'abord définitivement l'instance et rend une sentence possible alors même que l'une des parties viendrait à faire défaut par la suite. L'absence de l'un des plaideurs n'a donc d'autre conséquence que de produire un arrêt provisoire dans la procédure. La partie présente, demandeur ou défendeur, doit alors s'adresser au magistrat qui a délivré la formule, et lui demander la publication de trois édits successifs rendus à dix jours d'intervalle. Après l'émission du dernier édit qui porte le nom d'*edictum peremptorium*, le procès reprend sa marche; le juge examine l'affaire et prononce sa sentence en faveur du défaillant ou contre lui d'après les preuves que fournit la partie présente (L. 68; L. 73, D., *De judiciis*, 5-1. — *Paul*, S., L. V, t. VII, § 7).

La chose litigieuse devient inaliénable; l'aliénation est désormais paralysée par l'exception *rei litigiosæ*, et punie par une amende généralement égale à la valeur de la chose; il y a cependant quelques dérogations à cette inaliénabilité (L. 3, D., *De litigiosis*, 44-6; L. 1, D., *De jure fisci*, 49-15. — *Gaius*, IV, 117) (1).

Le juge est irrévocablement déterminé; ce n'est qu'en présence d'une absolue nécessité que les plaideurs obtiendraient son changement.

Les personnes des plaideurs eux-mêmes sont désormais fixées. C'est ainsi que le choix du créancier entre plusieurs codébiteurs, une fois consommé par la *litis contestatio*, ne peut plus varier, et le droit contre les autres est éteint. De même, à cet instant, l'action noxale est engagée sans retour contre le possesseur du *corpus quod nocuit* (*noxa*) et l'*actio popularis* est acquise à la personne qui l'a intentée (L. 37, D., *De act. noxal.*, 9-4; L. 2, D., *De duobus reis*, 45-2; L. 12, D., *De verb. sign.*, 50-16).

Cependant il devient quelquefois nécessaire, par exemple en cas de mort, de changer le juge ou de transférer l'action à d'autres plaideurs; c'est ce qu'on appelle la *translatio judicii*. Elle se fait, du juge à son successeur, par une simple modification de la *datio*

(1) La loi des Douze-Tables défendait déjà sous peine d'une amende du double de consacrer aux dieux la chose en litige; cette disposition fut ensuite généralisée par l'empereur Auguste et par les jurisconsultes (L. 3, D., *De litigiosis*, 44-6).

judicis, sans toucher au reste de la formule. Pour opérer la *translatio judicii* du plaideur à quelque autre personne, notamment du défunt à l'héritier, on laisse dans l'*intentio* de la formule le nom du premier, et l'on y subsiste dans la *condemnatio* le nom du second (*Gaius*, IV, 34, 86. — L. 17, pr., D., *De procur.*, 3-3; L. 76, D., *De judiciis*, 5-1).

III. — *Détermination du moment où doit se placer le judex pour apprécier le litige.* — La *litis contestatio* touche enfin de très près à la mission du juge. Elle marque l'instant qu'il devra considérer pour faire diverses appéciations.

Le juge a, en effet, le devoir de donner gain de cause au demandeur, si son action était fondée lors de la *litis contestatio*. 1° Cette règle reçoit son application la plus connue dans la revendication. On sait qu'à la différence de la *præscriptio longi temporis*, l'usucapion n'est pas interrompue par la demande en justice; or, en la supposant accomplie *inter moras litis*, le défendeur restera néanmoins passible d'une condamnation. 2° Les actions de droit strict relèvent du même principe que les actions réelles; dans les unes et les autres, la question posée au juge, *si paret rem ejus esse*, *si paret dare oportere*, se réfère évidemment à l'époque de la délivrance de la formule. 3° Quant aux actions de bonne foi, peut-être le juge, autorisé à prononcer *ex æquo et bono*, était-il maître de prendre en considération certains événements postérieurs (L. 18; L. 20, D., *De rei vind.*, 6-1; L. 42, § 1, D., *De noxal. act.*, 9-4; L. 17, D., *Mandati*, 17-1).

Mais il y a des cas où le droit générateur de l'action réelle ou personnelle prend fin conformément aux principes généraux; en d'autres termes, il arrive que la condamnation n'a plus d'objet. Trois exemples principaux sont à prévoir : 1° le défendeur offre de satisfaire le demandeur; les Sabiniens firent prévaloir, même pour les *judicia stricti juris*, la doctrine que le juge doit alors absoudre, *omnia judicia absolutoria sunt* (1); 2° le possesseur ou détenteur, qui défend à l'action réelle, cesse de posséder sans dol ni faute entre la *litis contestatio* et la sentence; son absolution est indispensable; 3° le débiteur, qui défend à l'action personnelle, voit

(1) Les Proculiens n'admettaient pas au contraire que la satisfaction procurée par le défendeur au demandeur fît obstacle à la condamnation dans les *judicia stricti juris* (*Gaius*, IV, 114).

la chose due périr entre ses mains par cas fortuit; faut-il le condamner ou l'absoudre? La vérité doctrinale est bien que la *litis contestatio* l'a constitué en demeure, et que sa dette dès lors ne s'éteint plus *interitu rei debitæ;* cependant les jurisconsultes cherchaient à tempérer en pratique la rigueur de cette décision théorique (L. 40, pr., D., *De hered. pet.*, 5-3. — *Gaius*, IV, 114. — *Inst.*, L. IV, t. XII, *De perpetuis et temp.*, § 2).

Une fois la condamnation reconnue nécessaire, c'est encore en se reportant à la *litis contestatio* que le juge fixe les restitutions et généralement le montant de la sentence. Le défendeur doit donc les intérêts, les fruits, les produits et généralement tous les accessoires à dater de ce moment. Néanmoins, dans les actions de bonne foi, le juge peut tenir compte de la compensation et de toute circonstance survenue *medio tempore* (L. 22, D., *De rebus creditis*, 12-1; L. 3, § 2, D., *Commodati*, 13-6; L. 2; L. 3, § 1; L. 10; L. 37, § 8, D., *De usuris*, 22-1).

En résumé, les principes juridiques n'ont pas en cette matière une rigueur inflexible; l'*officium judicis* doit les tempérer quand les circonstances l'exigent. Le point de départ offre sans doute une incontestable apparence d'équité; car on ne saurait admettre que le demandeur triomphant souffre des inévitables retards de la justice, et la raison veut que les choses se règlent, en principe, comme si la sentence eût été rendue à l'instant même de la *litis contestatio*. Mais les faits intervenus dans le cours du procès ont aussi leur influence nécessaire et légitime; les tribunaux ne sont pas le domaine de l'absolu.

§ V.

Procédure in judicio. — Sentence et voies d'exécution.

Procédure in judicio. — L'instance devant le juge forme le *judicium* proprement dit (1). Le détail de ce qui s'y passe dépend surtout de la nature de l'action, par conséquent, les traits généraux ont seuls leur place ici.

Le *judicium* se décompose en quatre parties principales : la com-

(1) Les *judicia* se divisaient en deux grandes classes : les uns étaient *legitima*, les autres étaient *imperio continentia*. Le *judicium legitimum* est celui qui est organisé à Rome, ou dans le rayon d'un mille autour de Rome, entre plaideurs citoyens romains et devant l'*unus judex* également citoyen romain; dans toute autre hypothèse, le *judicium* est *imperio continens* (*Gaius*, IV, 103, 104, 105).

parution des parties devant le *judex*, la preuve, les plaidoiries et la sentence.

1° *Comparution des parties.* — Lorsque la formule a été délivrée aux plaideurs, ils doivent comparaître devant le juge qui leur a été désigné. Il ne paraît pas que les parties se donnaient des garanties réciproques pour assurer cette comparution *in judicio*; d'ailleurs, ainsi qu'on l'a vu, la *litis contestatio* engageant contradictoirement et définitivement l'instance, le procès doit nécessairement suivre son cours, alors même que les parties feraient défaut (*supra*, p. 353).

2° *Preuve.* — C'est en général au demandeur qu'incombe la charge de faire la preuve du droit qu'il allègue : *actori incumbit probatio.* Mais à son tour, le défendeur doit établir soit ses moyens de défense proprement dits, soit ses exceptions; *reus in excipiendo fit actor* (L. 1; L. 2; L. 9, D., *De probationibus*, 22-3. — Conf., C. C., art. 1315).

Tous les moyens de preuve sont en principe admis, car la loi romaine ne connaît pas les diverses restrictions que notre législation actuelle a apportées à l'administration des preuves. Les moyens de preuve seront : les témoins, *testes*; les titres, *instrumenta*, *cautiones*; le serment, *jusjurandum in judicio*; l'aveu, *confessio* et les présomptions, *præsumptiones* (L. 2, D., *De testibus*, 23-5. — L. 15, C., *De fide instr.*, 4-21. — *Contra*, C. C., art. 1341, 1353).

3° *Plaidoiries.* — La cause est ensuite plaidée, *peroratur.* Devant le juge comme devant le magistrat, les plaidoiries sont orales et publiques; il ne paraît pas d'ailleurs, qu'en matière civile, les avocats fussent obligés de se renfermer dans un espace de temps fixé, cependant cette limitation existait en matière criminelle. Il y avait le plus souvent plusieurs plaidoiries prononcées de part et d'autre, *prima*, *secunda actio* (Pline, *Lettres*, VI, 2).

Lorsque les preuves ont été faites et que les plaidoiries sont terminées, le juge a le droit d'ajourner l'affaire, *litem ampliare.* Il est même libre de s'abstenir d'une décision en déclarant par serment qu'il ne se trouve pas éclairé, *non liquet*; on se contente alors du jugement des autres juges, s'il y en a plusieurs; dans le cas contraire, il faut organiser un nouveau *judicium* (L. 36, D., *De re judicata*, 42-1. — Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, XIV, 2. — *Contra*, C. C., art. 4).

Sentence. — En laissant de côté les jugements interlocutoires, *interlocutiones*, qui ne sont qu'accidentels, on arrive enfin à la sen-

tence ou jugement définitif, *sententia*. Elle doit être prononcée publiquement et de vive voix; mais le juge a la faculté de l'écrire d'avance, pour en donner lecture publique, *ex tabella pronuntiare vel recitare*. Une fois rendue, elle est irrévocable et le *judex* ne peut rien y changer. Enfin, hormis de rares exceptions, elle absout ou condamne le défendeur (L. 14; L. 49, pr., D., *De re judicata*, 42-1. — L. 1, C., *De sent. ex peric.*, 7-44).

Effets de la sentence. — La sentence produit de remarquables effets, analogues et parallèles à ceux de la *litis contestatio*. Le droit primitif, qui a servi de fondement à l'action, reste dans l'état où l'a mis la délivrance de la formule, c'est-à-dire éteint *ipso jure* ou *exceptionis ope*, suivant les cas. Mais l'obligation de subir l'instance, qui l'a remplacé, se trouve à son tour éteinte par la sentence et de la même manière, c'est-à-dire *ipso jure* dans les actions *in personam, in jus* et constitutives d'un *judicium legitimum*, dans toutes les autres, *exceptionis ope*. Si donc le défendeur est de nouveau poursuivi, il pourra, chaque fois que la *litis contestatio* lui aura déjà donné l'exception *rei in judicium deductæ*, se prévaloir désormais d'une exception plus importante et qui sera bientôt étudiée, l'exception de chose jugée ou *rei judicatæ*.

Seulement, à la place et pour ainsi dire sur les ruines de ses précédentes obligations détruites, est née contre le défendeur l'obligation nouvelle d'exécuter la sentence. Ces vicissitudes dans la situation du défendeur sont énergiquement exprimées par les textes : *ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere* (*Gaius*, III, 180).

Condamnation pécuniaire. — Quel qu'ait été l'objet de la demande, la condamnation doit toujours porter sur une somme d'argent déterminée (*certa pecunia*) (*Gaius*, IV, 48).

Ce principe, inconnu à l'époque des *actiones legis*, pouvait avoir de fâcheuses conséquences pratiques; aussi le verra-t-on sérieusement tempéré dans les actions dites *arbitrariæ*, presque toutes exhibitoires ou restitutoires. Théoriquement il n'est pas impossible à justifier, et se rattache aux voies d'exécution de cette période.

Voies d'exécution. — Le créancier est à cet effet muni de l'action *judicati;* cette action, qui est le préliminaire obligé de toute voie d'exécution, est une action civile perpétuelle et susceptible de

croître au double per *inficiationem* (L. 7, D., *De re judicata*, 42-1. — *Gaius*, III, 78; IV, 9).

Après un délai normal de trente jours, que le magistrat est maître d'abréger ou de prolonger jusqu'à deux mois *pro causæ qualitate*, il faut que la sentence s'exécute de force, lorsqu'elle n'a fait l'objet d'aucun recours efficace et qu'elle n'est pas amiablement exécutée.

Contrainte par corps. — La *manus-injectio* n'existe plus sous le système formulaire; on connaît bien encore une voie d'exécution personnelle, une sorte de contrainte par corps subie dans la maison du créancier; mais ce débris d'une vieille institution, quoique signalé dans les textes, est à peu près mystérieux pour la science moderne, et n'avait sans doute rien que d'exceptionnel (*Gaius*, III, 199. — *Paul*, S., L. V, t. XXVI, § 2.—Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, XV, 1)(1).

Venditio bonorum. — Mais à l'inverse de ce qui se passait au temps des actions de la loi, l'exécution réelle sur les biens du condamné formait la règle générale.

Elle consistait dans la *venditio bonorum*, vente en masse du patrimoine, précédée d'un envoi en possession qu'ordonnait le magistrat, et réalisée par un *magister* ou syndic choisi entre les créanciers. La vente se faisait après des publications ou *proscriptiones*, et suivant des formes dont le détail est inutile ici. Cette *bonorum venditio*, probablement imaginée vers la fin de la République (2), entraînait pour le débiteur la note d'infamie; mais il paraît que ses biens advenus postérieurement demeuraient à l'abri de toute poursuite fondée sur les dettes antérieures (L. 40, D., *De op. libert.*, 38-1. — *Voir* t. I, p. 460).

L'acquéreur était tenu envers le *magister* de payer le prix ou dividende convenu, que celui-ci répartissait ensuite entre les créanciers poursuivants. L'*emptor bonorum* avait la situation d'un héritier prétorien, et se trouvait muni, soit de l'action Servienne fictice (*ficto herede*), soit d'une action *Rutilienne*. La *sectio bonorum* seule,

(1) D'ailleurs, la contrainte par corps ne fut pas une voie d'exécution très usitée à l'époque classique, car depuis Auguste, une des *leges Juliæ judiciariæ* permet au débiteur de se soustraire à l'emprisonnement en faisant à ses créanciers l'abandon général de tous ses biens : c'est la cession de biens ou *bonorum cessio* (*Gaius*, III, 78, 79. — Conf., C. C., art. 1265-1270).

(2) Ce mode d'exécution a son origine dans la *pignoris-capio* du système précédent. Il fut transporté aux créances privées par le préteur Rutilius (an 649 de Rome, 106 avant J.-C.), ou plutôt perfectionné par ce magistrat; car on le trouve déjà signalé dans une loi Thoria, de l'an 643.

c'est-à-dire la vente des biens d'un condamné faite par les questeurs au profit du peuple romain, procurait directement à l'adjudicataire le *dominium ex jure quiritium* ; la *venditio bonorum* lui conférait l'*in bonis* et le plaçait seulement *in causa usucapiendi* (L. 25, § 7, D., *Quæ in fraud. credit.*, 42-8. — *Gaius*, III, 79, 80, 81 ; IV, 35) (1).

Lorsque la *venditio bonorum* apparut, il sembla nécessaire de mettre la condamnation en harmonie avec cette voie d'exécution, et puisque la vente forcée tendait par son essence à la réalisation d'une somme d'argent, la sentence dut également devenir pécuniaire.

CHAPITRE VI.

SYSTÈME EXTRAORDINAIRE.

La procédure formulaire portait en elle-même le germe de sa ruine. Car le choix du juge constituait une des libertés essentielles de l'ancien état romain, et le despotisme impérial ne devait pas toujours s'y résigner. En outre, aux époques déchues qui suivirent le bel âge de la jurisprudence, la mission de rendre la justice était une charge trop lourde pour l'ardeur éteinte et l'ignorance presque universelle des particuliers.

Origine de la cognitio extraordinaria. — Déjà, sous le système des formules, il y avait des cas exceptionnels, par exemple en matière de fidéicommis et de *restitutiones in integrum*, où le magistrat prononçait *extra ordinem*, c'est-à-dire statuait lui-même, sans renvoi devant un juge. Ce fut cette exception qui devint la règle ; mais la procédure nouvelle garda son ancien nom, désormais illogique, de *cognitio extraordinaria*.

On place l'origine de cette révolution judiciaire dans une constitution célèbre de Dioclétien, rendue pour les provinces en l'année 294 de notre ère, étendue ensuite à tout l'empire et complétée plus tard par les enfants de Constantin et par Théodose le Jeune (L. 2, C., *De Pedaneis jud.*, 3-3 ; L. 1 ; 2, C., *De formulis*, 2-58. — *Inst.*, L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 8).

(1) Il ne faut pas confondre cette action Servienne avec celle qui fut introduite pour assurer le paiement des loyers de ferme ; la similitude d'appellation vient de ce qu'elles ont été créées par deux préteurs du nom de Servius.

Différences avec le système formulaire. — Le système extraordinaire peut se résumer dans une seule proposition; il n'y a plus à distinguer deux phases dans un procès. Le *jus* et le *judicium*, ainsi que les fonctions de magistrat et de juge se confondent maintenant.

Il suffira de montrer les différences caractéristiques qui séparent le nouveau système de la procédure formulaire, notamment aux quatre points de vue de l'introduction de l'instance, de la *litis contestatio*, de la sentence et de l'exécution forcée.

1° *Introduction de l'instance.* — La *vocatio in jus*, depuis longtemps purifiée de toute violence individuelle et munie de moyens de contrainte prétoriens, perd son caractère privé et se réalise par l'intermédiaire de l'autorité judiciaire. Pour ne parler que du temps de Justinien, l'instance s'introduit par un exploit, *libellus conventionis*, signé du demandeur ou d'un *tabularius*, s'il ne sait écrire. Il y expose brièvement le fondement et l'objet de sa demande, et le remet au magistrat, qui le fait transmettre au défendeur par un huisser (*viator, executor*), avec une ordonnance d'assignation. Le défendeur cité doit comparaître après vingt jours (L. 3, § 1, C., *De præscrip. trig.*, 7-39. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 24. — Nov. 53, ch. 3, § 1. — Conf., C. Pr., art. 59 et s.).

2° *Litis contestatio.* — Désormais la *litis contestatio* ne désigne plus que le moment où le juge commence à prendre connaissance de l'affaire par l'exposé qui lui en est fait, *cum judex per narrationem negotii causam audire cœperit*. Tout en continuant sans doute à produire l'obligation de subir l'instance, elle a perdu son effet extinctif et ne consomme plus le droit d'agir (L. 1, C., *De litis contest.*, 3-9. — *Inst.*, L. IV, t. XIII, *De except.*, § 5).

3° *Sentence.* — La sentence a également changé de nature et de caractère tant en la forme qu'au fond. En la forme, elle doit être rédigée par écrit et prononcée publiquement d'après la minute, *ex periculo recitanda*; on l'insère ensuite, signée du juge, sur un registre *ad hoc*.

Au fond, la sentence a subi une profonde transformation, d'abord elle ne supprime plus l'action *ipso jure*, ensuite, elle n'est pas nécessairement pécuniaire, et peut avoir pour objet la chose demandée (L. 2; L. 3, C., *De sententiis*, 7-44. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De action.*, § 32).

4° *Exécution forcée.* — Le délai pour exécuter la sentence est de quatre mois depuis Justinien. Les textes mentionnent encore une

contrainte personnelle, ***supplicium corporis***; mais il est infiniment probable que la détention a lieu dans une prison publique, non plus chez le créancier : elle comporte quelques exceptions.

Quant à l'exécution réelle, on généralise une règle posée jadis, pour les *claræ personæ* ou personnes d'un haut rang, par un sénatusconsulte déjà connu au temps de Gaius. Les biens ne sont pas vendus en masse, mais seulement en détail, par le ministère d'un curateur : dans la langue des textes, la *venditio bonorum* a fait place à la *distractio bonorum* (1). Il n'en résulte plus de note d'infamie pour le débiteur; en revanche, les créanciers gardent le droit de poursuivre ses biens futurs jusqu'à parfait paiement. La contrainte personnelle est subsidiaire à cette exécution réelle (L. 5, D., *De curatoribus*, 27-10. — L. 23, C., *De episcopali aud.*, 1-4; L. 1, C., *Qui bonis cedere*, 7-71. — Nov. 135, ch. 1).

CHAPITRE VII.

VOIES DE RECOURS SOUS LES TROIS SYSTÈMES DE PROCÉDURE.

L'ancienne loi romaine ne connut pas l'appel dans le sens propre du mot, c'est-à-dire comme un recours hiérarchiquement porté, devant un tribunal supérieur, contre la sentence d'un tribunal inférieur.

En matière pénale, un condamné pouvait bien arrêter l'effet de la condamnation par le secours du droit d'*intercessio* ou de *veto* qui appartenait à chaque magistrat contre les actes des magistrats égaux ou subalternes; il pouvait même, sous des conditions déterminées, obtenir une seconde instance par la *provocatio ad populum* ou recours au peuple.

Mais, en matière civile, ces voies étaient probablement fermées; ainsi, la faculté pour un magistrat de paralyser ou de casser les actes d'un autre, dut paraître inadmissible à l'égard des sentences, parce qu'elles étaient l'œuvre d'un juge et non d'un fonctionnaire.

(1) Cette transformation était facilitée par l'habitude qu'avait le magistrat, lorsque le débiteur était solvable, d'ordonner la saisie et la vente de quelques-uns de ses biens seulement, *pignus ex causa judicati captum*. On échappait ainsi à la procédure trop longue et trop compliquée de la *missio in bona* ou *venditio bonorum*.

Seulement, à défaut d'appel, il y avait d'autres voies de recours contre les jugements. Le défendeur pouvait d'abord invoquer la nullité de la sentence; il pouvait également recourir soit à la *revocatio in duplum*, soit à la *restitutio in integrum*.

Nullité de la sentence. — En premier lieu, plusieurs conditions étaient exigées pour la validité de la sentence. La nullité l'atteignait, soit à raison d'un vice de forme, tel que l'incapacité du magistrat, du juge ou de l'une des parties, soit à raison d'un vice de fond, notamment pour la violation directe et manifeste des lois ou pour le défaut d'une condamnation pécuniaire au temps des formules, etc. La sentence nulle pour une de ces causes n'était qu'un néant juridique, et n'engendrait aucun des effets de la chose jugée (L. 2; L. 3, D., *Quæ sententiæ sine app.*, 49-8. —L. 4, C., *Quando provocare*, 7-64).

Dans cette situation, le condamné attendait qu'on lui réclamât par l'*actio judicati* l'exécution de la sentence, dont il opposait alors la nullité; s'il succombait, sa résistance était punie d'une condamnation au double.

Revocatio in duplum. — Les textes parlent aussi d'une *revocatio in duplum*, dont la nature n'est pas bien connue. Elle se présentait vraisemblablement dans l'hypothèse où le condamné, au lieu d'attendre l'*actio judicati*, prenait les devants et demandait une déclaration de nullité de la sentence, il était raisonnable qu'une condamnation au double le menaçât encore en ce cas. Peut-être y avait-il aussi *revocatio in duplum*, quand le condamné niait, non plus l'existence légale, mais l'existence de fait du jugement; la nature exclusivement orale de la procédure romaine rendait cette négation facilement compréhensible. A l'époque classique, la *revocatio* ne pouvait plus être proposée après le délai de la *præscriptio longi temporis*, dix ans entre présents, vingt ans entre absents; elle n'était pas admise contre les sentences d'absolution et on la refusait au condamné *contumax*. On n'en parle plus d'ailleurs sous Justinien (L. 4, § 6, D., *De re judicata*, 42-1. — *Paul*, S., L. V., t. V, §§ 7, 8).

Restitutio in integrum. — Lorsqu'une sentence est valable, et plus tard passée en force de chose jugée, on a le droit de la soumettre, comme tout autre acte, à la *restitutio in integrum*, pour l'une des causes ordinaires de minorité, dol, absence, etc.; il en sera traité plus loin. C'est là ce qui s'appellerait, dans notre lan-

gue moderne, une voie de droit extraordinaire contre le jugement.

Un tribunal quelconque, égal ou supérieur à l'auteur de la sentence, ou même ce dernier, peut connaître de la demande de restitution. Elle n'est pas suspensive, à moins que l'exécution n'ait pas encore eu lieu; mais une fois admise, elle opère rétroactivement (L. 9, pr.; L. 16, § 5; L. 42, D., *De minoribus*, 4-4. — L. 2; L. 4; L. 5, C., *Si adversus rem jud.*, 2-27; L. 1, C., *In integ. rest.*, 2-50).

Appel. — L'origine et le développement de l'appel datent des premiers temps de l'Empire. On en était venu peu à peu à considérer le pouvoir du juge comme une délégation du pouvoir du magistrat, à confondre la *delegatio jurisdictionis* et la *datio judicis*.

Dès lors, même en dehors des cas de la *restitutio in integrum*, l'empereur put réformer les sentences des juges, en vertu de sa *potestas tribunitiana* qui s'étendait à tout l'Empire. Mais il exerça d'habitude cette prérogative par l'entremise de magistrats délégués (Suétone, *Auguste*, 33).

En principe, l'appel était possible en toute affaire et au profit de toute personne; cependant on ne l'admettait pas dans les affaires urgentes, ni à l'encontre d'un jugement interlocutoire, avant le jugement définitif. L'appel était également impossible contre les décisions de l'empereur ou du préfet du prétoire (L. 1, § 1, D., *A quibus app.*, 49-2; L. 7, D., *De appell. rec.*, 49-5. — L. 36, C., *De appell.*, 7-62. — Conf., C. Proc., art. 451).

Devant qui se porte l'appel. — On appelait d'un juge au magistrat qui l'avait constitué, des magistrats provinciaux au gouverneur ou chef de la province, puis au *vicarius* ou chef d'un diocèse (1), et des magistrats de Rome au préfet de la ville. De ces hauts fonctionnaires, il fallait appeler, soit à l'empereur, soit au préfet du prétoire qui le remplaçait, et dont les décisions étaient en dernier ressort.

L'empereur jugeait rarement lui-même, et remettait la connaissance de l'affaire à d'autres, souvent au sénat; Théodose II établit à cet égard une commission composée du préfet du prétoire et du *quæstor palatii*. En aucun cas l'appel ne devait sauter un degré de

(1) Le diocèse était une nouvelle division administrative créée par Constantin; il comprenait plusieurs provinces et était gouverné par un *vicarius* ou lieutenant du préfet du prétoire.

juridiction, *appellatio per saltum*. Depuis Justinien, on ne put saisir le tribunal impérial qu'à propos de litiges d'une valeur supérieure à vingt livres d'or, ni renouveler l'appel plus de deux fois; le troisième jugement avait donc force de chose jugée (L. 1; L. 10, § 1, D., *De appell.*, 49-1. — L. 32, C., *De appell.*, 7-62; L. 1, C., *Ne liceat*, 7-70).

Formes et délai de l'appel. — L'appel était interjeté, soit de vive voix à l'instant même du prononcé de la sentence (*apud acta*), soit par écrit (*libellus appellatorius*) remis au premier juge et qui contenait la désignation de l'appelant et de la sentence attaquée. Le demandeur, si ce n'est au cas d'irrecevabilité manifeste, obtenait du premier juge des *litteræ dimissoriæ* ou *apostoli*, c'est-à-dire une note explicative de l'appel, avec une copie du procès-verbal de la cause (L. 1, § 4; L. 2, D., *De appell.*, 49-1).

Le délai pour interjeter appel fut d'abord de deux jours si l'appelant plaidait *proprio nomine*, de trois jours s'il plaidait *alieno nomine;* Justinien porta le délai à dix jours. Une fois nanti des *litteræ dimissoriæ*, l'appelant les transmettait au tribunal d'appel, où l'affaire était introduite après trois ou six mois, selon l'éloignement des lieux. Les appels à l'empereur jouissaient d'un délai d'une ou deux années, et devaient être accompagnés d'un rapport ou *relatio* du juge qui avait rendu la sentence attaquée; les parties avaient le droit de formuler en réponse leurs observations par des *libelli refutatorii* (L. 3; L. 13, D., *De appell.*, 49-1. — L. 2; L. 5, C., *De temporibus*, 7-63. — Novelle 23, ch. 1. — Conf., C. Proc., art. 443 et s.).

Effets de l'appel. — L'appel est suspensif, en ce sens qu'il arrête l'exécution du jugement attaqué. De plus, il soumet pleinement l'affaire à la juridiction supérieure, d'où résulte que les parties sont autorisées à produire de nouveaux moyens de défense (L. 1, § 1, D., *Nihil innov.*, 49-7. — L. 6, C., *De appell.*, 7-62).

Quand l'appel réussit, le nouveau jugement supprime et remplace l'ancien. Si l'appelant succombe, il doit à l'époque classique payer le tiers de la valeur en litige et le quadruple des frais de l'instance; l'exécution de ces condamnations éventuelles était garantie sinon par un dépôt préalable, du moins par une *satisdatio*. Les peines du plaideur téméraire furent ensuite élevées par les empereurs chrétiens jusqu'à des rigueurs exorbitantes, telles que la confiscation de la moitié des biens et deux ans de relégation pour l'ap-

pelant riche, ou deux ans de mines pour l'appelant pauvre. Le droit de Justinien n'admet plus qu'une amende généralement arbitrée par le juge, et la note d'infamie contre l'appelant de mauvaise foi (*Paul*, S., L. V., t. XXXIII, §§ 1, 2, 3, 8. — L. 6, § 4; L. 19, C., *De appell.*, 7-62).

Supplicatio. — La *supplicatio* est une voie de rétraction dirigée contre les décisions du préfet du prétoire à l'égard desquelles elle remplace l'appel. Elle s'introduisait sous forme de requête ou *supplicatio* adressée à l'empereur. On devait exercer ce recours pendant la durée des fonctions de l'auteur du jugement, ou jusqu'à l'expiration des deux ans qui suivaient sa retraite. C'était le préfet du prétoire lui-même qui révisait alors sa sentence ou celle de son prédécesseur. Cette voie de recours différait de l'appel en ce qu'elle ne produisait pas d'ordinaire l'effet suspensif (L. 5, C., *De prec. imp.*, 1-19; L. 1, C., *De sent. præf. præt.*, 7-42; L. 19, C., *De appell.*, 7-62).

CHAPITRE VIII.

CLASSIFICATIONS GÉNÉRALES DES ACTIONS PROPREMENT DITES. PREMIÈRE DIVISION, *IN REM* ET *IN PERSONAM*.

(*Inst.*, L. IV, t. VI.)

Après cette rapide étude de l'organisation judiciaire et des trois systèmes de procédure des Romains, vient l'analyse juridique des actions proprement dites.

Les Institutes définissent l'action *jus persequendi in judicio quod sibi debetur*. Cette définition, empruntée par Justinien au jurisconsulte Celsus qui vivait à l'époque d'Adrien et d'Antonin le Pieux, est trop étroite à deux points de vue. Car, à la prendre à la lettre, elle s'applique spécialement aux actions personnelles ou de créance, qui font obtenir *quod sibi debetur*; elle ne se rapporte, en outre, qu'aux systèmes de procédure antérieurs à la *cognitio extraordinaria*, puisqu'elle implique la séparation du *jus* et du *judicium* (L. 51, D., *De oblig. et act.*, 44-7. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, pr.).

Il n'est pas impossible néanmoins de donner à ce texte de Celsus une portée plus générale, en y attachant des idées inconnues de son auteur. Mais ce serait ici prendre une peine inutile; car il suffit de

se reporter aux trois définitions déjà présentées, et de poser en principe que l'action, suivant la deuxième de ces significations diverses, sera désormais considérée comme la faculté de recourir à la puissance publique pour en obtenir la reconnaissance d'un droit (*supra*, p. 318).

Les Romains classaient les actions de plusieurs manières. La plupart de ces catégories doivent leur origine, ou tout au moins leur dénomination, à la pratique du système formulaire. Les principales divisions ou subdivisions sont tracées dans les Institutes, et l'interprète n'a qu'à les suivre.

Cependant il y a plusieurs divisions que Justinien ne détache pas nettement de l'ensemble, et qu'il importe de signaler une fois pour toutes.

Divisions omises dans les Institutes. — Les Institutes omettent trois divisions principales des actions : 1° celle qui les classent en actions *civiles* et *honoraires*; 2° celle qui les divise en actions *directes* et *utiles*; 3° enfin, celle qui les distingue en actions *in jus*, *in factum* et *fictices*.

1° *Actions civiles et honoraires.* — Par leur origine, les actions étaient *civiles* d'une part, et *honoraires* ou *prétoriennes* d'autre part. Les actions honoraires, presque toujours prétoriennes, étaient concédées en vertu de règles de l'édit par les magistrats chargés de l'administration de la justice et investis du *jus edicendi*. Les actions civiles se fondaient sur une source du droit civil, loi, sénatusconsulte, constitution, usage, etc. Cette division présentait un grand intérêt pratique, car, tandis que la plupart des actions civiles étaient perpétuelles, la plupart des actions prétoriennes étaient au contraire annales (*Gaius*, IV, 111. — *Inst.*, L. IV, t. XII, *De perpetuis et temp.*, pr.; — *infra*, p. 450).

2° *Actions directes et utiles.* — Par leur application, les actions étaient *directes* ou *utiles*. On appelait ici *directa* l'action donnée dans le cas même de son institution primitive et conformément aux prévisions littérales du texte législatif qui l'avait créée; on appelait au contraire *utilis* l'ancienne action étendue à des cas nouveaux, pour des motifs d'utilité pratique (L. 47, § 1, D., *De negotiis gestis*, 3-5).

Cette division manque d'importance dans le droit de Justinien; mais, au temps classique, elle en avait une sur la rédaction de la formule. Car l'extension de l'ancienne action à des hypothèses nou-

velles s'opérait ordinairement à l'aide d'une fiction ou plus souvent d'une rédaction *in factum*.

3° *Actions in jus, in factum, fictices.* — Par leur formule, les actions pouvaient être *in jus*, *in factum* ou enfin *fictices*. L'action *in jus* posait au juge une question de droit à résoudre, et, lorsqu'elle avait une *demonstratio*, celle-ci restait parfaitement distincte de l'*intentio*. L'action *in factum*, au contraire, ne posait pas directement au juge de question de droit, et la *demonstratio* se confondait alors avec l'*intentio*. Les actions *in factum* étaient prétoriennes, et facilitaient l'élargissement des principes de la vieille loi nationale. On avait même parfois intérêt à donner cette forme aux actions civiles; c'est ainsi qu'un fils de famille ne pouvait agir que par une action *in factum*. Les formules *in factum* servaient aussi à dépouiller certaines actions de leur caractère infamant (*Gaius*, IV, 47. — L. 13, D., *De oblig. et act.*, 44-7) (1).

Quant à l'action *fictice*, elle se caractérise par une supposition ou fiction exprimée dans la formule soit avant l'*intentio*, soit dans l'*intentio* elle-même. Le magistrat recourt à ce procédé pour étendre l'application du droit civil, en créant une action ou en appliquant à une hypothèse nouvelle une action civile déjà créée.

La fiction n'a pas toujours le même objet; souvent, elle porte sur une qualité qui manque à l'une des parties et que le préteur lui suppose; tel est le cas du *bonorum possessor* et du *bonorum emptor*; ils agissent *ficto herede*; tel est encore le cas du pérégrin à qui le magistrat concède souvent des actions qui lui manqueraient d'après le droit civil en le supposant citoyen, *ficto cive*. Il arrive quelquefois aussi que la fiction consiste à tenir pour accompli un fait qui ne l'est pas; on en verra un exemple sur l'action Publicienne. Enfin, en sens inverse, la fiction peut encore consister à tenir pour non-avenu un fait réellement accompli, ainsi les créanciers qui poursuivent l'adrogé après l'adrogation, agissent comme si la *capitis deminutio* n'avait pas eu lieu; de même l'action Paulienne *in rem* se fonde sur la fiction que l'aliénation consentie par le débiteur n'a pas eu lieu, *rescissa traditione* (*Gaius*, IV, 34, 35, 36, 37, 38).

Divisions signalées dans les Institutes. — Les autres classifications, *actiones in rem et in personam*, *bonæ fidei*, *stricti*

(1) Gaius nous indique dans ses commentaires une double formule pour l'action de dépôt et pour l'action de commodat, l'une rédigée *in factum* et l'autre, rédigée *in jus* (IV, 47).

juris, *arbitrariæ*, pénales, *persecutoriæ rei*, *mixtæ*, perpétuelles et temporaires, ont des places distinctes dans l'exposé que Justinien présente des actions; elles seront, en quelque sorte, les jalons et les points de repère de la route où nous entrons.

Entre toutes, la division des actions réelles et personnelles offre un intérêt capital, parce qu'elle fournit le cadre le plus commode et le plus usuel pour cette grande théorie.

C'est par leur nature que les actions sont réelles ou personnelles; il est dès lors manifeste qu'une telle division n'a rien d'accidentel, qu'elle est de tous les temps, et qu'à Rome notamment, les trois systèmes de procédure l'ont reconnue et pratiquée. L'action est réelle ou personnelle, suivant l'espèce de droit que le demandeur soumet à l'appréciation du juge. Quand l'objet principal de sa demande est la reconnaissance d'un droit réel, l'action est réelle; quand l'objet principal de sa demande est la reconnaissance d'un droit de créance, l'action est personnelle (*Gaius*, IV, 2, 3. — L. 25, pr., D., *De obl. et act.*, 44-7. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 1) (1).

Mais quel rapport y a-t-il entre cette distinction et les noms qui la consacrent? On doit remarquer que la locution *in rem* est technique dans la langue latine, pour désigner une disposition conçue en termes généraux et sans indication de personne. C'est en ce sens que les pactes et les exceptions reçoivent, dans certains cas, la même dénomination et sont dits *in rem*. Or, on a vu que dans l'*intentio* d'une action réelle, le nom du défendeur n'est pas exprimé, *si paret hominem Auli Agerii esse;* tandis que dans l'*intentio* d'une action de créance, l'énonciation même du droit exige toujours l'indication du débiteur, *si paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare oportere*, etc. Voilà donc le mystère éclairci; les actions réelles et personnelles tirent leur division de la nature même du droit qu'elles mettent en débat, et leur qualification romaine, *in rem vel in personam*, de la rédaction impersonnelle ou nominative de l'*intentio* de la formule.

Les unes et les autres sont d'ailleurs civiles ou prétoriennes. Comme ces actions sont en petit nombre, et que chacune d'elles fournit l'occasion de quelque remarque importante, il est nécessaire des les étudier une à une.

(1) Les actions *in rem* portent souvent dans les textes le nom générique de *vindicationes* ou *petitiones*, et alors le mot *actiones* est réservé aux actions personnelles (*Gaius*, IV, 5. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De act.*, § 15).

ACTIONS IN REM CIVILES.

Les actions *in rem* civiles sont destinées à sanctionner les droits réels établis ou reconnus par le droit civil. Elles sont au nombre de quatre : 1° la *rei vindicatio* ou revendication ; 2° l'action *confessoria* ou confessoire ; 3° l'action *negatoria* ou négatoire ; 4° la *petitio hereditatis* ou pétition d'hérédité (1).

CHAPITRE IX.

REVENDICATION.

(*Inst.*, L. IV, t. VI, § 1.)

La revendication ou *rei vindicatio* est l'action réelle par excellence ; c'est celle qui tend à la reconnaissance de la propriété quiritaire, du *dominium ex jure quiritium*.

Elle suppose qu'un propriétaire ayant perdu la possession de sa chose veut la recouvrer entre les mains des tiers détenteurs. Que si le propriétaire était simplement troublé dans sa possession, il lui suffirait d'invoquer un interdit possessoire (L. 1, § 6, D., *Uti possidetis*, 43-17).

Objet de la revendication. — La revendication n'est applicable qu'aux choses corporelles, *in commercio*, susceptibles de propriété quiritaire. Il faut donc exclure de sa sphère d'application les fonds provinciaux et toutes les *res extra commercium* (2).

La revendication exige, en outre, que la chose existe au temps de la *litis contestatio* ; on ne revendique pas ce qui n'est plus, *res extinctæ vindicari non possunt*. A ce point de vue, on considère comme *res extinctæ*, non-seulement les choses qui ont réellement péri, mais encore celles qui, jointes à quelque autre à titre

(1) On considère souvent la *causa liberalis* comme une cinquième action réelle civile, mais elle trouvera une place plus logique dans la théorie des actions préjudicielles (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 13 ; — *infra*, p. 424).

(2) Par exception toutefois, et bien que le fils de famille ne fût pas un véritable objet de propriété, il pouvait être revendiqué par le père *adjecta causa* (L. 1, § 2, D., *De rei vind.*, 6-1).

d'accessoire, n'ont plus d'existence individuelle et distincte; tels le ruban de pourpre attaché au vêtement, les matériaux réunis en construction sur le sol, etc. Mais la revendication redevient possible après la séparation de l'accessoire, suivant les règles et sous les restrictions déjà développées dans la théorie de l'accession (*Voir* t. I, p. 194 et s.).

D'ailleurs, la revendication ne porte pas nécessairement sur des *res singulæ*, elle peut valablement s'appliquer à un ensemble de choses corporelles ou *universitas facti*, comme un troupeau, etc. (L. 1, § 3, D., *De rei vind.*, 6-1).

Dans tous les cas, il faut toujours que le demandeur détermine avec soin dans l'*intentio* de la formule et l'objet de son droit de propriété et l'étendue de ce droit.

Qui peut revendiquer. — La revendication n'appartient qu'au propriétaire *ex jure quiritium* qui a cessé de posséder. Mais il en est toujours investi, sans qu'on ait à distinguer si la propriété lui est advenue par un mode d'acquérir du droit des gens ou du droit civil, sur une *res mancipi* ou *nec mancipi*; il faut et il suffit qu'il ait la propriété quiritaire au moment où il intente la revendication (L. 23, pr., D., *De rei vind.*, 6-1).

Preuve. — Conformément aux principes du droit commun, c'est au demandeur à faire la preuve de son droit de propriété (*Inst.*, L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 4).

Mais cette preuve ne consiste pas seulement à établir qu'il a pris toutes les précautions exigées par la prudence, c'est-à-dire qu'il a traité, avec un propriétaire capable, en vertu d'une cause régulière d'acquisition, comme une mancipation ou une tradition. Il doit en outre démontrer que toutes les conditions nécessaires pour conférer le *dominium* avaient été réunies également sur la tête de son auteur, puis sur la tête des auteurs de son auteur et ainsi de suite. Aussi la preuve directe de la propriété serait presque impossible dans la plupart des cas, si l'institution bienfaisante de l'usucapion n'en venait aplanir singulièrement les difficultés. Il lui suffira d'établir qu'il a usucapé, c'est-à-dire qu'il a possédé de bonne foi et en vertu d'un juste titre pendant tout le temps requis pour l'*usucapion* (*Gaius*, II, 44. — *Inst.*, L. II, t. VI, *De usucapionibus*, pr. — *Voir* t. I, p. 180).

Contre qui peut-on revendiquer? — La revendication ne peut atteindre que le possesseur de la chose. On ne recherche pas, du

reste, s'il a la possession juridique ou la simple détention, s'il possède pour lui-même ou pour autrui; *ab omnibus qui tenent peti potest*, nous dit Ulpien (L. 9, D., *De rei vind.*, 6-1).

Cette règle fut cependant modifiée, en matière immobilière, par l'empereur Constantin. Le détenteur pour autrui d'un immeuble dut, sur l'action en revendication, procéder à la *nominatio* ou *laudatio auctoris*, c'est-à-dire indiquer la personne au nom de laquelle il possédait. A défaut de cette déclaration, le détenteur continuait à défendre suivant les anciens usages, mais à ses risques et périls envers son auteur. La déclaration faite, le vrai possesseur était averti de se présenter dans un délai fixé par le juge; s'il n'obéissait pas, après trois citations, le juge ordonnait au détenteur, sur examen sommaire de la cause, de restituer l'immeuble au demandeur, tous les droits de l'absent d'ailleurs réservés (L. 2, C., *Ubi in rem actio*, 3-10).

Cette innovation de Constantin offrait un triple avantage. Car le demandeur suivait ainsi la voie la plus propre à produire une solution définitive, le détenteur se dérobait au procès sur la propriété, qui lui était indifférent, et le véritable possesseur avait occasion d'exercer lui-même ses moyens de défense.

Le principe que la revendication est toujours intentée contre le possesseur se combine avec une seconde règle, *dolus pro possessione est* (L. 131, D., *De regulis juris*, 50-17).

En d'autres termes, la revendication frappe quelquefois une personne qui n'est plus en possession, mais qu'on suppose y être, et qui s'appelle *fictus possessor*. Tel est d'abord l'individu qui a cessé de posséder par dol avant la *litis contestatio*, c'est-à-dire, qui a détruit, aliéné ou abandonné la chose revendiquée; si même il ne s'est défait de la chose qu'en vue d'opposer au revendiquant un adversaire plus redoutable, le préteur donne une action *in factum* pour lui réclamer indemnité (L. 27, § 3, D., *De rei vind.*, 6-1) (1).

Tel est aussi le défendeur *qui se liti obtulit*, c'est-à-dire qui se laisse attaquer en revendication par un demandeur de bonne foi, sans l'avertir qu'il ne possède pas, au risque de favoriser par ce moyen l'achèvement de l'usucapion entre les mains du tiers qui possède réellement. Le *fictus possessor* subit toutes les condamna-

(1) Cette règle avait été appliquée par le sénatusconsulte Juventien à la pétition d'hérédité; les jurisconsultes la généralisèrent pour identité de motifs et l'appliquèrent à toutes les actions réelles (L. 27, § 3, D., *De rei vind.*, 6-1).

tions prononcées ordinairement contre le possesseur de mauvaise foi (L. 25, D., *De rei vind.*, 6-1).

Formes de la revendication. — Même à l'époque classique, il y avait plus d'une manière d'intenter la revendication; elle pouvait en effet s'exercer de trois manières différentes, *per sacramentum, per sponsionem* et *per formulam petitoriam* (*Gaius*, IV, 91).

Sacramentum. — Dans les causes qui relevaient du tribunal des Centumvirs, on observait encore les solennités de l'*actio sacramenti*; les formalités étaient remplies devant le magistrat, mais il ne délivrait pas d'instruction écrite. Le *sacramentum*, invariablement fixé à cent vingt-cinq sesterces, appartenait au gagnant et non plus au trésor public (*Gaius*, IV, 95).

Sponsio. — L'instance s'engageait sur une promesse ou *sponsio* prise par le défendeur interrogé par le demandeur en ces termes : *Si homo quo de agitur, ex jure quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes?* Le défendeur répondait et le magistrat délivrait une formule basée sur la *sponsio*. Du reste, cette *sponsio* n'était qu'un expédient de procédure; le demandeur ne prenait aucun engagement réciproque et la somme promise n'était jamais exigée; ce qu'on exprime en disant que la *sponsio* était unilatérale et préjudicielle. Le défendeur s'obligeait en outre *cum satisdatione* à restituer la chose et les fruits, s'il venait à succomber; cette promesse s'appelait *stipulatio pro præde litis et vindiciarum*, en souvenir d'une vieille sûreté analogue du temps des actions de la loi (*Gaius*, IV, 91, 93, 94; — *supra*, p. 333).

Formula petitoria. — Tous ces procédés furent enfin remplacés par la *formula petitoria*, que Cicéron mentionnait déjà, et qui avait l'avantage d'une extrême simplicité. Par la formule pétitoire, en effet, le préteur chargeait directement le juge de vérifier si le demandeur était propriétaire : *hæc est, qua actor intendit rem suam esse.* Le défendeur, sous peine de perdre au profit de son adversaire la possession de la chose et les avantages du rôle du défendeur, devait fournir la caution *judicatum solvi*, qui sera plus tard expliquée (*Gaius*, IV, 92) (1).

(1) La formule de l'action en revendication qui nous a été conservée par Cicéron est ainsi conçue : *Si paret illum fundum Auli Agerii ex jure quiritium esse, neque is fundus arbitratu tuo restituatur, judex, quanti ea res erit, tantam pecuniam Numerium Negidium, Aulo Agerio condemna; si non paret, absolve* (Cicéron, *In Verrem*, II, 12).

Effets de la revendication. — Comme les autres actions réelles, la revendication est une action arbitraire, *arbitraria*, en ce sens qu'elle comporte un *arbitrium*.

Arbitrium. — On entend par là une espèce de jugement interlocutoire, que le juge prononce après avoir reconnu le bien fondé de l'*intentio* du demandeur, et qui ordonne au défendeur de restituer, faute de quoi interviendra la *sententia* ou jugement définitif de condamnation. La restitution doit mettre le demandeur dans la position qui eût été la sienne, s'il eût recouvré la chose au moment de la *litis contestatio ;* en un mot, elle doit comprendre *rem cum omni causa*. Le défendeur est-il donc devenu propriétaire par l'achèvement de l'usucapion dans le cours du *judicium*, il est obligé de retransférer au demandeur la propriété, et de lui céder en même temps les actions qu'elle a pu lui donner, *actio furti*, *actio legis Aquiliæ*, etc. Dans tous les autres cas, le défendeur n'est tenu que de restituer matériellement la chose, avec ses accessoires, fruits et produits, à compter de la délivrance de la formule. Mais ces restitutions, complètes en apparence, pourraient être illusoires au fond, si le défendeur avait au préalable dégradé physiquement ou juridiquement la chose, par exemple, en faisant avaler du poison à l'esclave, en établissant une servitude sur l'objet usucapé; il fournit de ce chef la caution *de dolo* (L. 18; L. 45, D., *De rei vind.*, 6-1; L. 35, D., *De verb. sign.*, 50-16).

Absolution. — Dans cette situation, le défendeur est absous : 1° s'il restitue; 2° s'il prouve qu'il est, sans sa faute, dans l'impossibilité de restituer, notamment parce qu'il a perdu la possession; 3° s'il obtient du juge un délai, moyennant caution suffisante.

Refuse-t-il de restituer, le juge n'a d'autre pouvoir, dans les premiers temps du système formulaire, que de lui infliger une condamnation pécuniaire.

Mais, tout au moins depuis les grands jurisconsultes classiques, le juge peut ordonner contre le défendeur récalcitrant la dépossession par la force, *manu militari*, *manu ministrorum*, c'est-à-dire au moyen d'agents d'exécution, qui sont militaires ou civils suivant les époques. Une remarque capitale, c'est que la réintégration violente du demandeur n'est praticable qu'en présence d'un obstacle de fait, tel que le refus de restituer ou d'exhiber. Au contraire, s'il faut obtenir un acte juridique qui exige le concours de

la volonté du défendeur, comme la retranslation d'une propriété usucapée *inter moras litis*, l'exécution forcée reste évidemment impossible (L. 18; L. 45, D., *De rei vind.*, 6-1; L. 35, D., *De verb. sign.*, 50-16) (1).

Condamnation. — Il n'y a donc lieu à la condamnation du défendeur que dans le cas où le *jussus judicis* n'a pas été complètement exécuté volontairement ou par force, c'est-à-dire : 1° quand le demandeur n'a pas requis l'emploi de la *manus militaris*, ou lorsque l'exécution forcée est impossible; 2° quand le défendeur s'est mis par son dol ou sa faute dans l'impossibilité de restituer; 3° quand la restitution n'est pas complète, et qu'il faut la parfaire au moyen d'une indemnité.

Quel sera le montant de la condamnation? On distingue suivant que le défendeur est ou non coupable de dol. Le défendeur n'a-t-il aucun dol à se reprocher, il sera condamné à la juste valeur de la chose d'après l'estimation qu'en fera le juge, *quanti ea res erit*. Est-ce au contraire par dol que le *reus* s'est mis dans l'impossibilité de restituer, il sera condamné à la réparation pécuniaire que fixera le demandeur, sous la foi du serment, *quanti actor in litem juraverit*. Dans le cas où le demandeur a procédé au *juramentum in litem*, il est réputé avoir vendu la chose au défendeur pour la somme par lui fixée (L. 47; L. 68, D., *De rei vind.*, 6-1; L. 5, D., *De in lit. jur.*, 12-3; L. 1; L. 3, D., *Pro emptore*, 41-4).

CHAPITRE X.

ACTIONS CONFESSOIRE ET NÉGATOIRE.

(*Inst.*, L. VI, t. IV, § 2.)

Les démembrements de la propriété, connus sous le nom de servitudes prédiales ou personnelles, donnent naissance à deux actions réelles qui sont des *vindicationes rerum incorporalium*.

L'action confessoire (*confiteri*, affirmer) a pour objet d'établir

(1) Plusieurs interprètes soutiennent cependant que l'exécution *manu militari*, encore impossible à l'époque classique, ne fut permise que dans le dernier état du droit; cette doctrine nous semble contredite par les textes les plus formels (L. 68, D., *De rei vind.*, 6-1).

l'existence d'une servitude quelconque; l'action négatoire (*negare*, nier) a pour objet d'en établir l'inexistence. L'une pourrait s'appeler affirmative, l'autre négative.

C'est d'ailleurs par le but véritable de la demande, et non par les mots, que se manifeste le caractère distinctif de ces deux actions. Ainsi l'action confessoire est conçue dans un langage négatif, lorsqu'on prétend que le propriétaire d'un fonds n'a pas le droit de construire au delà d'une certaine hauteur, etc.; au contraire, l'action négatoire est conçue dans un langage affirmatif, lorsqu'on se prétend investi de la propriété franche et libre de telle chose, etc.

Formes. — Dans leurs formes, l'une et l'autre ont offert, suivant les époques, les trois procédés signalés pour la revendication, et se sont intentées, d'abord par l'*actio sacramenti*, plus tard *per sponsionem* et enfin *per formulam petitoriam*. Mais les formules de ces deux actions ne nous ont pas été conservées (*Gaius*, IV, 91, 92).

Elles obligeaient d'ailleurs le défendeur à fournir les garanties déjà connues, soit la *stipulatio pro præde litis et vindiciarum*, soit la caution *judicatum solvi* (*Inst.*, L. IV, t. XI, *De satisdationibus*, pr.).

Nature et effets. — Dans leur nature et leurs effets, l'une et l'autre sont arbitraires; le juge y évalue donc, par un interlocutoire, *jussus*, les satisfactions à fournir par le défendeur, s'il veut échapper au jugement définitif de condamnation.

Dans leur application, l'une et l'autre soulèvent une même difficulté juridique. En effet, l'action confessoire se donne à la personne qui se prétend investie d'une servitude, soit pour la défendre quand elle l'exerce, soit pour la réclamer quand elle ne l'exerce pas. De même, l'action négatoire se donne au propriétaire qui se prétend libre d'une servitude, soit qu'il veuille en prévenir l'exercice, soit qu'il veuille y mettre un terme. Bref, à la différence de la revendication qu'on refuse au propriétaire qui possède, les deux actions confessoire et négatoire n'exigent pas le défaut de possession chez le demandeur (L. 5, § 6, D., *Si usufr. petat.*, 7-6; L. 6, § 1; L. 8, § 3, D., *Si servit. vindic.*, 8-5).

Comment expliquer cette diversité saillante de règles entre deux voies de droit également *in rem* et civiles? C'est que, par suite d'une erreur déjà signalée, la vieille loi romaine considérant à tort la possession comme corrélative à la propriété, ne reconnaissait

pas de possession correspondante aux autres droits réels. Dès lors, le titulaire d'une servitude n'a pas d'action possessoire pour se maintenir en exercice contre le trouble; il doit employer pour cela le même moyen qui lui procurerait l'exercice, s'il ne l'avait pas, c'est-à-dire l'action au pétitoire, l'*actio confessoria*. Pour une raison analogue, le propriétaire troublé par des actes de servitude sur son fonds ne peut s'en préserver au moyen des interdits attachés à sa possession de maître; car cette poursuite possessoire n'atteindrait pas un adversaire qui se prévaut d'un droit non susceptible de possession; le propriétaire n'a donc d'autre ressource que d'agir au pétitoire par l'*actio negatoria*.

Il est vrai que le préteur admit bientôt une *quasi-possessio* des servitudes, et modifia par conséquent la théorie des *interdicta* pour l'y appliquer. Mais, suivant un phénomène souvent constaté, l'ancienne doctrine survécut à sa cause; le titulaire de la servitude ou le propriétaire, quoique capable désormais de se protéger par un interdit, conserva la faculté de défendre son état de fait par la voie possessoire ou la voie pétitoire, à son choix (L. 5, § 1, D., *Si ususf. pet.*, 7-6; L. 4, § 5, D., *Si servit. vind.*, 8-5; L. 3; L. 4, D., *Uti possid.*, 43-17).

Preuve sur l'action négatoire. — La question de preuve ne soulève aucune difficulté quand il s'agit de l'action confessoire; c'est incontestablement le demandeur qui doit établir l'existence de la servitude prédiale ou personnelle qu'il allègue (L. 9; L. 10, C., *De servitutibus*, 3-34).

Mais l'action négatoire donne lieu, à ce point de vue, à une controverse qui lui est particulière. Le propriétaire y joue le rôle de demandeur; est-il forcé, comme tout autre demandeur, de faire la preuve de sa prétention, c'est-à-dire d'établir l'inexistence de la servitude sur sa chose? ou bénéficie-t-il de la présomption ordinaire que la propriété est franche et quitte jusqu'à preuve contraire, de manière que la nécessité d'établir l'existence de la servitude retombe sur le défendeur? Chacune des deux opinions est plausible et compte des partisans (L. 2, D., *De probat.*, 22-3. — L. 15, D., *De operis novi nunt.*, 39-1) (1).

(1) Les auteurs qui admettent que c'est au demandeur à prouver l'inexistence de la servitude en vertu de la règle : *actori incumbit probatio*, font remarquer que le propriétaire trouve dans la procédure un moyen facile de circonscrire et par conséquent de faciliter la preuve qui lui incombe. Il procédera à une *interro-*

Mais, entre ces deux solutions extrêmes, il y a place pour une troisième doctrine qui concilie heureusement les deux principes contraires. Il faut rechercher si la conclusion du demandeur sur l'action négatoire est contraire ou conforme à l'état actuel des choses. Dans le cas où la servitude s'exerçait déjà, c'est au demandeur à en prouver l'inexistence; mais lorsque la servitude ne s'est pas encore exercée, c'est au défendeur qu'incombe le soin d'en démontrer l'existence. Telle est la solution aussi juste que logique proposée par le jurisconsulte Ulpien (L. 8, § 3, D., *Si servitus vindic.*, 8-5).

CHAPITRE XI.

PÉTITION D'HÉRÉDITÉ.

(D., *De hered. petit.*, 5-3.)

La pétition d'hérédité est une revendication d'un genre particulier, c'est une *vindicatio rei incorporalis*, appliquée au droit héréditaire envisagé dans son ensemble et abstraction faite des choses corporelles sur lesquelles il porte (L. 27, § 3, D., *De rei vind.*, 6-1).

Objet de la pétition d'hérédité. — La *petitio hereditatis* a pour objet de faire reconnaître que le demandeur est héritier de telle personne décédée. Elle est totale ou partielle, et, dans le langage des jurisconsultes modernes, universelle ou à titre universel, selon que le demandeur se prétend héritier pour le tout, *ex asse*, ou seulement pour une quote-part, *ex parte*. Cette distinction porte uniquement sur le titre et la vocation du demandeur, non sur l'étendue de sa demande. Ainsi, quand il se prétend seul héritier, la *petitio* est universelle, le défendeur ne possédât-il qu'une ou plusieurs choses déterminées. A l'inverse, elle est partielle, même à l'encontre d'un défendeur qui possède toute l'hérédité, lorsque le demandeur ne se prétend héritier que pour une partie (L. 1, § 1, D., *Si pars. hered. pet.*, 5-4).

gatio in jure, demandera à son adversaire quelle est la servitude qu'il veut exercer et comment il prétend l'avoir acquise; il prouvera ensuite que l'établissement de la servitude ne s'est pas opéré dans les circonstances indiquées par le défendeur (*supra*, p. 344).

A qui appartient la pétition d'hérédité. — La pétition d'hérédité ne compète qu'aux héritiers du droit civil qui n'ont pas la possession. On ne distingue pas si le demandeur est héritier testamentaire ou légitime, et si sa vocation repose sur la loi des Douze-Tables, sur un sénatusconsulte ou sur une constitution impériale. Peu importe aussi que l'hérédité lui ait été acquise directement ou qu'elle lui ait été procurée par l'intermédiaire d'une personne placée sous sa puissance (L. 1; L. 2; L. 3, D., *De hered. pet.*, 5-3; L. 1, § 1, D., *Famil. ercisc.*, 10-2).

Le successeur prétorien, *bonorum possessor*, investi de l'interdit *quorum bonorum*, et le fidéicommissaire universel, ont fini par obtenir une pétition d'hérédité utile, qui s'est appelée *possessoria* ou *fideicommissaria* (L. 1, D., *De possess. her. pet.*, 5-5; L. 1; L. 2, D., *De fideic. her. pet.*, 5-6).

Le demandeur à la pétition d'hérédité doit logiquement faire la preuve de son droit; pour cela, il doit établir deux choses : d'abord qu'il est héritier, ensuite que les choses par lui réclamées dépendent de l'hérédité; mais il n'est pas tenu de prouver son droit de propriété.

Contre qui est donnée la pétition d'hérédité. — A la différence de la revendication, la pétition d'hérédité ne peut s'intenter contre un possesseur quelconque; elle n'est possible que contre ceux qui possèdent *pro herede* ou *pro possessore* (L. 9, D., *De hered. pet.*, 5-3).

Le possesseur *pro herede* est celui qui, de bonne ou de mauvaise foi, à tort ou à raison, se prétend héritier et conteste par conséquent cette qualité au demandeur. Le possesseur *pro possessore* est celui qui ne saurait alléguer aucune cause légitime de sa possession et ne se prétend pas héritier, *qui interrogatus cur possideat, responsurus sit quia possideo.*

On leur assimile le *fictus possessor* dans le sens déjà signalé à propos de la revendication (*supra*, p. 371). Contre les personnes qui possèdent à tout autre titre des objets singuliers ou même une partie de la succession, notamment contre les possesseurs *pro emptore*, *pro donato*, etc., l'héritier doit agir, soit par les actions particulières à chaque genre de réclamation, soit par la revendication. Mais ils pourront, en lui opposant l'exception *quod præjudicium hereditati non fiat*, le renvoyer à débattre d'abord son titre héréditaire avec leur auteur, c'est-à-dire avec leur vendeur ou

donateur, etc. (L. 10; L. 11; L. 12; L. 25, § 17, D., *De hered. petit.*, 5-3. — L. 7, C., *De hered. petit.*, 3-31).

Il résulte de là que le demandeur a le droit d'interroger *in jure* le défendeur sur la qualité de sa possession, et de la réponse dépendra le choix définitif de l'action (L. 11, C., *De hered. petit.*, 3-31).

D'ailleurs, le défendeur à la pétition d'hérédité n'est pas nécessairement un détenteur de choses corporelles, c'est-à-dire un *possessor rei*; il peut être en effet un *possessor juris*, c'est-à-dire se prétendre investi d'un droit héréditaire autre qu'un droit de propriété. Ainsi, qu'un débiteur du défunt refuse de payer en alléguant qu'il est lui-même héritier et qu'en conséquence la dette s'est éteinte par confusion, il est *possessor juris* et à ce titre passible de la pétition d'hérédité (L. 13, § 15; L. 42, D., *De hered. pet.*, 5-3).

Formes de la pétition d'hérédité. — La procédure de la pétition d'hérédité offre les trois formes de la revendication, d'abord l'*actio sacramenti* devant le tribunal des Centumvirs, ensuite la *sponsio*, enfin la formule pétitoire. Il est pourtant vraisemblable qu'elle resta plus longtemps fidèle aux deux premiers procédés et qu'ici, la *formula petitoria* fut plus lente à s'introduire que pour la *rei vindicatio* (*Gaius*, IV, 91, 92. — Cicéron, *In Verrem*, II, 45).

Effets de la pétition d'hérédité. — La *petitio hereditatis* est une action arbitraire comme la revendication; il suffit de lui appliquer toutes les règles posées pour la *rei vindicatio* en ce qui concerne l'*arbitrium judicis* et l'exécution forcée *manu militari*.

Quant aux restitutions à exiger du défendeur, on doit faire une distinction capitale entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi. Cette distinction résulte d'un sénatusconsulte célèbre voté sur la proposition de l'empereur Adrien et que les commentateurs ont appelé Juventien, du nom de l'un des quatre consuls qui furent chargés de présenter l'*oratio* au sénat (L. 20, § 6, D., *De hered. pet.*, 5-3).

Il est de principe d'abord que tout défendeur doit restituer ce qu'il a de la succession, c'est-à-dire les choses héréditaires et tous les accessoires, fruits et produits acquis à leur occasion. Car le droit revendiqué dans la pétition est une universalité qui s'accroît *ipso facto* de tout ce qu'engendre la succession; c'est ce qu'on exprime par la règle *Fructus augent hereditatem*, qui distingue

cette action de la revendication proprement dite. Mais le défendeur de bonne foi ne restitue que ce qu'il a réellement possédé, et n'est comptable de ses aliénations que jusqu'à concurrence de son enrichissement (L. 25, §§ 1, 11; L. 30, D., *De hered. pet.*, 5-3).

Le défendeur de mauvaise foi est au contraire tenu de rendre tout ce qu'il a acquis et tout ce qu'il aurait pu acquérir *ex causa hereditaria*, c'est-à-dire non-seulement tout ce qu'il possède, mais encore ce qu'il a cessé ou même omis de posséder; il répond également des valeurs dont il a disposé, qu'il en ait ou non profité. Il paraît même obligé de payer au double l'estimation des fruits qu'il aurait dû ou pu percevoir (L. 25, § 8, D., *De hered. pet.*, 5-3. — *Inst.*, L. IV, t. XVII, *De off. judicis*, § 2).

Mais l'un et l'autre obtiennent la restitution des impenses occasionnées par les fruits qu'ils ne gardent pas, et les impenses nécessaires qu'ils ont faites sur les biens de la succession. Cependant les impenses utiles ne sont restituables au possesseur de mauvaise foi que jusqu'au maximum de la plus-value qui en résulte, tandis que le possesseur de bonne foi a droit à la restitution intégrale de toutes les dépenses qu'il a pu faire, sans aucune distinction, y compris même les dépenses simplement voluptuaires (L. 38; L. 39, D., *De hered. pet.*, 5-3).

A raison de ces questions complexes et de ces obligations multiples qui peuvent se lier à la pétition d'hérédité, certains jurisconsultes, sans lui dénier la nature d'action réelle, la qualifiaient de *mixta personalis*. D'autres enseignaient que l'exception de dol s'y trouvait sous-entendue, afin de reconnaître au juge les pouvoirs dont il était investi dans une action de bonne foi. C'est là probablement tout ce qu'a voulu dire Justinien, en classant la pétition d'hérédité dans les *judicia bonæ fidei* (L. 38; L. 39; L. 50, § 1; L. 58, D., *De hered. pet.*, 5-3. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 28).

ACTIONS IN REM PRÉTORIENNES.

Toute action relève bien du préteur ou du magistrat, en ce sens qu'il en délivre la formule ou qu'il la juge lui-même. Mais il y a des cas où c'est le préteur, et non la loi, qui confère le droit d'agir; l'action est alors qualifiée de prétorienne. Le préteur veut par là compléter ou corriger la législation civile. Il a dans ce cas le choix

entre deux méthodes principales : 1° ou bien il construit la formule sur une hypothèse fictive, comme si les conditions de la législation civile étaient réalisées; c'est une action *fictice;* 2° ou bien il se contente de poser au juge une question de fait, et construit la formule *in factum*.

Les Institutes indiquent cinq actions réelles prétoriennes qui sont : La Publicienne, l'action rescisoire, la Paulienne, la Servienne et l'action Quasi-Servienne ou hypothécaire. Les trois premières sont des actions fictices; les deux autres sont des actions *conceptæ in factum* (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, §§ 3, 4, 5, 6, 7) (1).

CHAPITRE XII.

ACTION PUBLICIENNE.

(*Inst.*, L. IV, t. VI, § 4.)

L'action Publicienne est une action réelle *fictice*, fondée sur la supposition que le demandeur, lorsqu'il a perdu la possession de la chose, avait déjà fini une usucapion qui n'était en réalité que commencée; elle correspond dans la sphère du droit prétorien à la revendication du droit civil. Le nom de cette action lui vient de son auteur, le préteur Publicius, probablement contemporain de Cicéron (2).

Cas d'application de la Publicienne. — Le but essentiel de la Publicienne, c'est d'assurer par anticipation, à la personne en voie d'usucaper, un avantage que le droit civil ne lui reconnaîtrait pas avant l'achèvement du délai d'un an ou de deux ans.

(1) On trouve encore en dehors des Institutes un assez grand nombre d'actions réelles données par le préteur, mais ce sont toutes des actions civiles, étendues à titre d'*utiles* hors de leur cadre ordinaire d'application. Telle est la *rei vindicatio utilis* accordée au créancier gagiste, au superficiaire, à l'emphytéote, au propriétaire d'un fonds provincial. Telles sont les actions *confessoria* et *negatoria utiles* données à l'emphytéote, au superficiaire et à tous ceux qui n'ont qu'un droit prétorien. Telle est enfin la *petitio hereditatis utilis* accordée au *bonorum possessor* et au fidéicommissaire universel.

(2) On ne connaît pas exactement la date de la Publicienne; les uns placent la création de cette action en 516, d'autres en 519; d'autres enfin proposent 685; chacune de ces années nous présente en effet un préteur du nom de Publicius (Cicéron, *Pro Cluentio*, 45).

La Publicienne a donc un cadre qui coïncide exactement avec celui de l'usucapion. Elle protège d'abord l'*in bonis* et donne au propriétaire prétorien le droit de réclamer sa chose partout où elle se trouve, avant même qu'il ait transformé sa propriété bonitaire en *dominium ex jure quiritium*. Elle protège également la *possessio ad usucapionem* et permet au possesseur qui a acquis une chose *a non domino*, mais de bonne foi et avec juste titre, de récupérer la possession de cette chose, et d'achever l'usucapion qu'il avait commencée. Du reste, il va sans dire que, lorsque Justinien eut supprimé la propriété prétorienne, la Publicienne perdit son premier cas d'application et n'appartint plus désormais qu'au possesseur de bonne foi qui seul avait besoin d'usucaper (L. 1, D., *De Publiciana*, 6-2).

Tel était le domaine régulier de la Publicienne; mais la jurisprudence l'étendit à des cas où l'usucapion n'est pas possible. Il faut à ce point de vue distinguer si l'impossibilité d'usucaper tient à des motifs de bon sens et d'ordre public, ou seulement à la rigueur de règles arbitraires et subtiles. Dans la première hypothèse, la Publicienne est impossible comme l'usucapion; c'est ainsi qu'elle ne s'applique pas aux *res extra commercium*, aux *res furtivæ*, aux *res vi possessæ*. Dans la seconde hypothèse, la Publicienne est possible, à la différence de l'usucapion; c'est ainsi qu'elle s'applique aux servitudes, aux fonds provinciaux, à l'emphytéose et à la superficie. Il n'y a donc pas d'antinomie entre ces décisions; tout dépend des raisons qui empêchent d'usucaper (L. 9, § 5; L. 11, § 1; L. 12, §§ 2, 3, D., *De Publiciana*, 6-2).

Formes de la Publicienne. — Ses caractères. — A raison de son origine, l'action Publicienne n'offre pas la complication des trois formes signalées pour les *vindicationes* civiles, et se réalise toujours par la *formula petitoria*. Gaius nous en a conservé la formule qui est ainsi conçue : *Judex esto. — Si quem hominem Aulus Agerius emit, et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ejus ex jure quiritium esse oporteret...*, etc. (*Gaius*, IV, 36).

Elle est arbitraire, et n'est pas annale, quoique prétorienne; elle est perpétuelle, *quia ad exemplum vindicationis datur* (L. 35, pr., D., *De oblig. et act.*, 44-7).

Parties à la Publicienne. — Déterminer les parties à la Publicienne consiste à rechercher à qui elle appartient et contre qui elle est donnée.

Demandeur. — La première condition requise pour jouer le rôle de demandeur dans la Publicienne, c'est d'avoir possédé. Ainsi l'héritier fidéicommissaire, le *bonorum possessor*, le *bonorum emptor*, peuvent avoir la chose *in bonis* sans en avoir jamais été possesseurs; en conséquence, ils ne sont pas investis de la Publicienne, et le préteur pourvoit à leurs besoins par d'autres moyens (L. 12, § 7, D., *De Publiciana*, 6-2).

Elle n'appartient pas non plus au créancier qui a seulement le droit de demander la tradition, ni à l'acquéreur qui a simplement reçu l'*in jure cessio* ou la mancipation, sans avoir été mis en possession. Mais, une fois née au profit d'une personne qui possède, elle passe à ses héritiers, même avant leur entrée en possession (L. 7, § 9; L. 12, § 1, D., *De Publiciana*, 6-2) (1).

Entre les possesseurs, la Publicienne n'appartient, en principe, qu'à ceux qui se trouvaient *in causa usucapiendi*, et qui ont perdu la possession avant l'usucapion accomplie. Quand ils ont établi ce fait, c'est au défendeur à prouver qu'un obstacle s'opposait à l'usucapion, comme le vice de la chose, la mauvaise foi du demandeur, etc. Par faveur spéciale, ainsi qu'on l'a vu, l'action compète aussi aux possesseurs provinciaux, aux quasi-possesseurs de servitudes et aux titulaires d'un droit de superficie ou d'emphytéose, que des raisons de pure théorie écartent de l'usucapion (L. 12, §§ 2, 3, D., *De Publiciana*, 6-2).

Enfin, bien que destinée aux personnes dépourvues de la propriété quiritaire, elle profite fort souvent aux propriétaires *ex jure quiritium*. Car ils peuvent reculer devant la preuve trop difficile de leur propriété, preuve cependant indispensable à la revendication. Ils recourent alors à la Publicienne, pourvu qu'ils soient *in causa usucapiendi*. Elle ne leur procurera pas, comme l'eût fait la revendication, une reconnaissance judiciaire de leur propriété; mais elle les oblige simplement à justifier que la chose leur a été livrée *ex justa causa*, double circonstance dont la démonstration ne saurait offrir d'embarras sérieux. C'est ainsi que l'héritier civil laisse parfois dormir son titre pour se présenter seulement en qualité de *bonorum possessor* (*Voir* t. I, p. 436).

(1) Les différents textes sur lesquels on s'est appuyé pour chercher à établir que la Publicienne compète à ceux qui n'ont jamais possédé, ont été mal interprétés; car le texte de l'édit Publicien et la formule de l'action exigent indubitablement la possession (L. 1, § 3; L. 12, § 1; L. 15, D., *De Publiciana*, 6-2).

Défendeur. — A l'égard du défendeur, la Publicienne relève des mêmes règles que la revendication; elle s'intente contre quiconque détient la chose, sans distinction aucune. Cette doctrine a des contradicteurs : elle va s'éclaircir par l'étude des effets de l'action.

Effets de la Publicienne. — La plupart des auteurs, dans un langage plus inexact peut-être que le fond de leur pensée, subdivisent la Publicienne en deux actions ou deux applications d'inégale énergie. Intentée par la personne en voie d'usucaper une *res mancipi* livrée *a domino*, disent-ils, elle doit triompher d'un défendeur quelconque, fût-ce le propriétaire quiritaire. Intentée par la personne en voie d'usucaper une *res* quelconque livrée *a non domino*, ou plus généralement lorsqu'elle est exercée par le simple possesseur de bonne foi, elle ne doit triompher que d'un défendeur inférieur en droit, et reste donc inefficace contre le *dominus ex jure quiritium*.

Cette distinction est inacceptable. La Publicienne n'a, en effet, qu'une seule formule, qui s'adapte également à tous les cas. Cette formule peut entraîner la défaite de tout défendeur, fût-il *dominus ex jure quiritium*; car elle charge le juge d'imposer au détenteur la restitution, ou de le condamner à défaut de restitution, s'il est reconnu que le demandeur a possédé dans les conditions voulues Mais le défendeur, quand il est propriétaire, fait ajouter à la formule une exception tirée de son droit de propriété; c'est l'exception *justi dominii*, qui paralysera le droit du demandeur, à moins que celui-ci ne la renverse à son tour par une réplique. Réduite à ces termes, la difficulté n'est plus sérieuse; on distingue suivant que la Publicienne est dirigée contre le *dominus*, contre un possesseur *ad usucapionem*, ou contre un possesseur ordinaire.

1° Intentée contre le *dominus* qui a fait simple tradition d'une *res mancipi*, la Publicienne est ordinairement victorieuse. Car, s'il oppose l'exception *justi dominii*, le demandeur lui répondra par la *replicatio doli mali* (exception de garantie); cette *replicatio* variera d'ailleurs avec le titre qui lui sert de base, ce sera tantôt la *replicatio rei venditæ et traditæ* si le demandeur invoque une vente, tantôt la *replicatio rei donatæ et traditæ* s'il y a eu donation. Mais ce résultat n'est pas toujours inévitable; il se pourrait, par exemple, qu'à la réplique du demandeur le défendeur propriétaire opposât une *duplicatio legis Cinciæ*, c'est-à-dire une duplique fondée sur

le motif qu'il a dépassé le taux de la loi Cincia dans sa donation (*Inst.*, L. IV, t. XIV, *De replicationibus*, § 1).

Intentée contre le *dominus* dont la chose avait été livrée par un tiers sans droit, la Publicienne échoue le plus souvent. Car aucune réplique n'est alors possible, en thèse générale, contre l'exception *justi dominii*. Cependant, il peut en être autrement dans certaines hypothèses, par exemple, si les qualités de propriétaire et de *tradens* se trouvent réunies sur la même tête à la suite d'une succession, etc. (L. 1, pr., § 1, D., *De except. rei vend.*, 21-3).

2° En laissant de côté le *dominus*, il ne serait pas juste que la Publicienne triomphât toujours contre un possesseur ordinaire. Ainsi l'on doit prévoir le cas où le défendeur est dans la même position qu'invoque le demandeur, c'est-à-dire *in causa usucapiendi*. Nératius donnait alors la préférence à celui qui avait reçu tradition le premier; Julien, dont l'opinion l'emporta dans la pratique, attribuait gain de cause, tantôt au plus ancien possesseur, lorsque les deux adversaires avaient reçu tradition du même *non dominus*, tantôt au possesseur actuel, lorsqu'ils avaient reçu tradition de deux auteurs différents (L. 31, § 2, *De actionibus empti*, 19-1; L. 9, § 4, D., *De Publiciana*, 6-2) (1).

3° Enfin, la Publicienne réussit toujours, quand elle est dirigée contre un détenteur de mauvaise foi ou contre un possesseur qui ne peut valablement invoquer aucune *justa causa possessionis*. Il suffira que le demandeur établisse qu'il était en voie d'usucaper lorsqu'il a perdu la possession.

En résumé, et pour conclure, on voit que la Publicienne assure le triomphe du demandeur envers quiconque possède sans cause et sans bonne foi. Une dans sa formule et dans son essence, elle ne tend pas à dépouiller le propriétaire; mais s'il est préservé, ce n'est qu'indirectement, au moyen d'une exception *justi dominii* qui le met dans la nécessité d'établir sa propriété. C'est un des cas très

(1) Cette distinction proposée par Julien, approuvée par Ulpien et admise par la pratique est très rationnelle. Quand les deux plaideurs tiennent leurs droits du même auteur, il est logique de préférer celui qui le premier a été *in causa usucapiendi*, car son titre est préférable par application du principe *prior tempore, prior jure*. Lorsque les parties tiennent, au contraire, leurs droits d'auteurs différents, la seule cause de préférence possible se tire de la possession actuelle conformément à la règle *in pari causa, melior est causa possidentis* (L. 9, § 4, D., *De Publiciana*, 6-2).

rares où le défendeur peut avoir à fournir la preuve de son droit; les Institutes y font probablement allusion dans un texte énigmatique qui a soulevé bien des controverses : *Sane uno casu, qui possidet nihilominus actoris partes obtinet* (L. 16; L. 17, D., *De Publiciana*, 6-2. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 2).

CHAPITRE XIII.

ACTION RESCISOIRE.

(*Inst.*, L. IV, t. VI, § 5).

L'action rescisoire, quelquefois appelée contre-Publicienne, n'est pas une action *sui generis*, comme on l'a prétendu à tort. Ce n'est que l'action en revendication civile ou prétorienne rendue à son ancien titulaire par suite de la rescision de l'usucapion opérée par le magistrat.

Il arrive souvent en effet que, par le moyen d'une fiction inverse de celle qui se rencontre dans la Publicienne, le préteur tient pour non avenue une usucapion accomplie, et la rescinde pour rendre au propriétaire une action que cette usucapion lui avait fait perdre. L'action ainsi restituée sera donc *rescissoria* par son effet, et réelle-fictice par sa nature.

Cas d'application de l'action rescisoire. — Au temps des jurisconsultes classiques, l'action rescisoire s'applique à deux hypothèses bien distinctes.

1° L'usucapion s'est accomplie *au préjudice d'un propriétaire* empêché de l'interrompre par une cause légitime, telle que l'absence pour service public, *absentia reipublicæ causa*, ou la captivité chez l'ennemi, *captivitas* (L. 1, § 1, D., *Ex quibus causis majores*, 4-6. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De action.*, § 5).

2° L'usucapion s'est accomplie *au profit d'un absent*. Pour comprendre cette seconde application, il faut se rappeler que le droit civil ne donne aucun moyen d'agir contre le défendeur dont on ne peut rencontrer la personne. Le droit prétorien fournissait, il est vrai, la ressource de la *missio in possessionem* : mais il est permis de conjecturer que la *missio* ne conférait pas la possession juridique des biens de l'absent, et par conséquent n'interrompait pas l'u-

sucapion; d'ailleurs, le *missus* eût-il une vraie possession, il n'avait pas toujours le moyen d'y comprendre la chose litigieuse. Du reste, on n'a pas à se préoccuper ici du motif légitime ou non de l'absence; il suffit que la poursuite ait été rendue impossible (L. 21, § 1; L. 23, § 4; L. 26, § 2, D., *Ex quibus causis majores*, 4-6).

Dans le droit de Justinien, la seconde application de l'action rescisoire n'existe plus; car on se rappelle que ce prince donne au propriétaire des moyens faciles d'interrompre civilement l'usucapion qui court au profit d'un absent, notamment en adressant une protestation au président de la province, à l'évêque ou au *defensor civitatis* (L. 2, C., *De annali except.*, 7-40. — *Voir* t. I, p. 192).

Les Institutes n'avaient donc à mentionner que le premier des deux cas précités. Mais par une inadvertance bizarre, elles ne visent textuellement que le second; cependant ce hasard de rédaction ne jette aucun nuage sur la pensée de Justinien (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 5).

Conditions, effets et nature. — Du reste, la rescision de l'usucapion accomplie constitue toujours une *restitutio in integrum* qui met le préteur en contradiction directe avec le droit civil. On doit donc appliquer ici, sans hésitation, les principes généraux et les conditions ordinaires de la *restitutio in integrum*, tels qu'on les a déjà vus à propos de la tutelle et qu'on les retrouvera bientôt.

Pour déterminer les véritables résultats et la véritable nature de l'action rescisoire, il faut envisager les moyens pratiques dont se sert le préteur pour arriver au but qu'il poursuit.

Or, la rescision de l'usucapion accomplie peut s'opérer soit à l'aide d'une exception, soit à l'aide d'une action.

Restitutio par le moyen d'une exception. — Tantôt la *restitutio* a lieu par le moyen d'une exception. Supposons, en effet, que le précédent propriétaire ou possesseur de bonne foi recouvre la possession de la chose usucapée à son préjudice; si l'acquéreur par usucapion revendique contre lui, le préteur lui accordera une exception pour paralyser cette revendication (L. 28, § 5, D., *Ex quibus causis majores*, 4-6).

Restitutio par le moyen d'une action. — Tantôt la *restitutio* a lieu par le moyen d'une action. Ici, deux voies peuvent s'ouvrir.

Titius était *in causa usucapiendi* avant l'usucapion accomplie à son détriment par Seius; il remplit donc les conditions voulues pour intenter l'action Publicienne, et l'intente. Seius lui oppose l'excep-

tion *justi dominii*, mais le préteur le paralyse, en rescindant par une *restitutio* l'usucapion qui lui sert de fondement. Tel est le cas prévu dans une loi célèbre de Papinien, qui a fait le tourment des interprètes (L. 57, D., *Mandati*, 17-1).

Titius est devenu propriétaire d'une chose, soit par usucapion, soit de toute autre manière. A la faveur de son absence, Seius usucape la même chose. Titius ne serait donc plus admis à revendiquer, puisqu'il a perdu le domaine quiritaire. Mais le préteur lui rend la revendication, en rescindant par une *restitutio* l'usucapion qui l'en avait privé (L. 1, § 1, D., *Ex quibus causis majores*, 4-6).

Dans ces deux dernières hypothèses, l'action donnée au demandeur repose sur la rescision de l'usucapion acquise à l'adversaire. Par l'une de ces voies, le dépouillé intente l'action Publicienne qu'il avait conservée, et le préteur la débarrasse seulement de l'obstacle qu'elle devait trouver dans l'exception *justi dominii*. Par l'autre de ces voies, le dépouillé intente l'action en revendication qu'il avait perdue, et que lui rend le préteur. Les circonstances déterminent l'emploi de l'un ou de l'autre de ces deux procédés. Celui qui n'était, avant l'usucapion accomplie à son préjudice, que possesseur *in causa usucapiendi*, ne peut se servir que de la Publicienne. Celui qui était devenu propriétaire sans avoir été *in causa usucapiendi*, notamment par *in jure cessio* ou *mancipatio*, ne peut se servir que de la revendication. Enfin, celui qui avait acquis la propriété par usucapion a le choix entre la revendication et la Publicienne.

Mais en définitive qu'est-ce que, au fond, que cette action rescisoire? C'est tout simplement l'action réelle qui appartenait au demandeur, avant l'achèvement de l'usucapion dont il se plaint; c'est l'action en revendication civile ou prétorienne, rendue à son titulaire primitif par le résultat de la rescision. *Vindicatio* ou *Publiciana* ressuscitée, notre action rescisoire n'a donc pas d'existence propre et distincte. Les auteurs qui ont voulu l'individualiser, sous le nom de contre-Publicienne, ont commis une erreur formelle et donné l'existence à un mythe.

L'action rescisoire n'est d'ailleurs qu'annale, *quia contra jus civile datur* (L. 35, D., *De oblig. et act.*, 44-7).

CHAPITRE XIV.

ACTION PAULIENNE.

(*Inst.*, L. IV, t. VI, § 6.)

Le droit civil n'annule pas de plein droit les actes faits par un débiteur en fraude de ses créanciers; la loi Ælia Sentia déroge seule à cette règle pour les affranchissements (*Voir* t. I, p. 22).

Mais le préteur est intervenu de très bonne heure, en organisant au profit des créanciers plusieurs moyens juridiques destinés à les protéger contre les actes frauduleux de leur débiteur qui tendraient à diminuer le gage de leurs créances (Conf., C. C., art. 1167).

Mesures de protection organisées par le préteur en faveur des créanciers. — Pour sauvegarder l'intérêt des créanciers, il existe trois mesures de protection créées à des dates différentes par le droit prétorien.

1° L'action Paulienne dont s'occupent ici les Institutes; elle est essentiellement réelle, puisque Justinien en caractérise l'effet par les mots *rem petere*, et qu'elle se trouve mentionnée entre l'action rescisoire et l'action hypothécaire, l'une et l'autre réelles; mais il n'y a pas d'autre texte où ce même caractère lui soit attribué (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 6).

2° L'action Paulienne personnelle, la seule qu'étudient les jurisconsultes du Digeste (L. 1, pr., D., *Quæ in fraud. credit.*, 42-8. —

3° Un interdit qualifié de fraudatoire, *interdictum fraudatorium* (L. 67, §§ 1, 2, D., *Ad senat. Treb.*, 36-1).

Les interprètes sont loin de s'entendre sur l'ordre chronologique de ces trois institutions. Dans l'opinion qui paraît la mieux fondée l'action personnelle est la plus ancienne; elle prit le nom de son auteur, le préteur *Paulus*, et fut probablement organisée avant la loi Ælia Sentia. Applicable indistinctement à tous les actes frauduleux du débiteur, elle forçait les tiers qui avaient bénéficié de ces actes à remettre dans son patrimoine le montant du préjudice subi par les créanciers. Elle restait donc insuffisante contre les tiers insolvables; aussi, dans le cas spécial où l'acte frauduleux du débiteur était une aliénation, sembla-t-il préférable d'accorder aux créan-

ciers l'interdit fraudatoire. Ils obtenaient par cette voie la possession de l'objet aliéné lui-même, et se dérobaient à la loi du concours avec les autres créanciers du tiers. Mais de l'interdit *fraudatorium* qui est une voie possessoire, pour arriver à l'action Paulienne réelle qui est un moyen pétitoire, il n'y avait qu'un pas à faire; la distance fut franchie par Justinien ou ses prédécesseurs immédiats, et le silence du Digeste ou du Code sur ce point est ainsi expliqué.

Cette marche est conforme à l'esprit général de la législation romaine, car on sait que les jurisconsultes classiques répugnaient, non sans raison peut-être, à reconnaître le caractère *in rem* aux actions résolutoires ou rescisoires.

Nous traiterons simultanément de l'action Paulienne personnelle et de l'action Paulienne réelle, en indiquant avec soin les règles communes qui les régissent et les différences principales qui les distinguent. Remarquons d'abord que ces deux actions n'ont pas la même nature et ne tendent pas au même but.

L'action Paulienne *in rem* est une action *réelle-fictice*, destinée à faire rentrer dans le patrimoine du débiteur les choses qui ont été frauduleusement aliénées.

L'action Paulienne *in personam* est une action *personnelle*, *concepta in factum* et tendant à obliger les tiers qui ont profité des actes frauduleux du débiteur, à remettre dans son patrimoine le bénéfice qu'ils ont réalisé.

Conditions d'exercice de l'action Paulienne. — L'action Paulienne tant réelle que personnelle est soumise à trois conditions identiques; il faut : 1° que les créanciers éprouvent un préjudice; 2° que le débiteur ait agi frauduleusement; 3° que la poursuite soit intentée dans l'année.

I. — *Préjudice.* — Il faut d'abord l'*eventus damni*, c'est-à-dire que l'acte du débiteur ait causé un préjudice aux créanciers. L'action Paulienne suppose donc que les créanciers ont obtenu la *missio in possessionem* des biens du débiteur, et que, la *venditio bonorum* ayant eu lieu, il a été démontré que l'actif était insuffisant pour payer tous les créanciers; car l'acte n'aura pu leur causer un préjudice qu'en augmentant ou provoquant l'insolvabilité du débiteur (L. 1, D., *Quæ in fraudem credit.*, 42-8. — L. 5, C., *De revocandis*, 7-75.)

De ce principe résulte la conséquence que cette action appartient seulement aux créanciers antérieurs à l'acte du débiteur, ou subro-

gés dans les droits de créanciers antérieurs; car eux seuls ont pu éprouver un préjudice de l'acte réalisé par le débiteur (L. 10, § 1, D., *Quæ in fraud.*, 42-8).

Enfin le préjudice ne doit pas consister dans l'omission d'une acquisition profitable, mais dans un appauvrissement direct du débiteur, dans une diminution positive de son patrimoine. Ainsi les créanciers n'auraient pas la faculté d'attaquer par l'action Paulienne la répudiation d'une succession avantageuse. *Pertinet edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur* (L. 6, pr., D., *Quæ in fraudem*, 42-8. — Conf., C. C., art. 622, 788, 1053, 1464, 2225).

II. — *Intention frauduleuse.* — Il faut en outre l'*animus fraudandi*, le *consilium fraudis*, c'est-à-dire que le débiteur ait eu conscience du dommage qu'il allait causer.

Si donc un débiteur diminue sans mauvaise intention un patrimoine déjà insuffisant, ou qui du coup le devient, l'action Paulienne est irrecevable. De même, à supposer qu'il eût l'intention de frustrer ses créanciers, ceux-ci ne pourront se plaindre si l'actif du débiteur est resté assez vaste pour acquitter toutes ses dettes. Le mot *fraus*, en notre matière, revêt un sens complexe et renferme les deux éléments de l'*eventus* et du *consilium* (L. 79, D., *De regulis juris*, 50-17).

III. — *Année utile.* — Enfin comme toutes les actions prétoriennes qui tendent à la rescision d'actes civilement valables, l'action Paulienne ne se donne que durant une année utile, qui commence à courir du jour de la *venditio bonorum*. L'année expirée, l'action n'est pas absolument éteinte, mais le défendeur n'en reste plus tenu que jusqu'à concurrence de son enrichissement, *quatenus locupletior factus est* (L. 6, § 14; L. 10, § 24, D., *Quæ in fraud.*, 4-28).

Personnes qui sont passibles de l'action Paulienne. — Malgré l'opinion généralement contraire des interprètes, on doit signaler une différence radicale entre l'action Paulienne réelle des Institutes et l'action Paulienne personnelle du droit classique.

Action Paulienne réelle. — Dès que les conditions exigées sont remplies, l'action Paulienne *in rem*, par la raison même qu'elle est réelle, peut s'intenter contre tous les détenteurs de la chose frauduleusement aliénée par le débiteur, sans distinguer s'ils sont de bonne ou de mauvaise foi. L'interdit fraudatoire a nécessairement la même ampleur.

Action Paulienne personnelle. — Quant à l'action personnelle, elle n'est possible que contre trois classes de personnes : 1° le débiteur *fraudator* ; 2° les ayant-cause du débiteur; 3° les hériliers des ayant-cause.

Elle est d'abord possible contre le débiteur *fraudator* lui-même, pour ses actes postérieurs à la *bonorum venditio* ; par exemple, il lui est advenu des biens qu'il a dissipés, sans en communiquer le profit à ses créanciers. L'action ne produira pas ici d'avantage pécuniaire, puisque le débiteur est insolvable; mais du moins il sera puni, parce qu'on lui appliquera la contrainte par corps (L. 25, § 7, D., *Quæ in fraudem*, 42-8).

A l'égard des ayant-cause du *fraudator*, ou de leurs héritiers, on fait une distinction capitale. Le tiers a-t-il traité à titre onéreux avec le débiteur, notamment en qualité d'acheteur, il n'est alors passible de l'action Paulienne que s'il a eu conscience de la fraude du débiteur, *conscius fraudis*. A-t-il traité à titre gratuit, notamment en qualité de donataire, il est alors passible de l'action dans tous les cas; mais en le supposant de bonne foi, l'action se restreint à la mesure de l'enrichissement qu'il a retiré de l'acte (L. 6, § 11; L. 25, § 1, D., *Quæ in fraudem*, 42-8).

Cette différence fondamentale a sa raison d'être. L'ayant-cause à titre onéreux est dans la même position que le créancier réclamant; l'un et l'autre *certant de damno vitando*; or, *in pari causa melior est causa possidentis*, et l'action Paulienne ne saurait ici se comprendre sans une mauvaise foi qui oblige le défendeur. Au contraire, l'ayant-cause à titre gratuit *certat de lucro captando*, tandis que les créanciers cherchent à se préserver d'une perte; l'action se justifie donc contre l'acquéreur à titre gratuit, abstraction faite de toute complicité dans la fraude, par la considération qu'on ne doit pas lui permettre de s'enrichir aux dépens d'autrui.

Effets de l'action Paulienne. — Pareilles dans leurs conditions mais distinctes au point de vue des personnes qui en sont passibles, les deux actions Pauliennes ne produisent pas non plus les mêmes effets.

L'action Paulienne personnelle est *concepta in factum*, et figure parmi les rares actions de créance qui sont arbitraires. Applicable à tous les actes frauduleux du débiteur, elle met, soit le débiteur lui-même, soit les complices de sa fraude, soit les personnes qui en ont profité à titre gratuit, sans considérer s'ils possèdent encore,

dans la nécessité de réparer, en exécution de l'*arbitrium* ou de la *sententia*, le préjudice causé aux créanciers (L. 1, pr., D., *Quæ in fraudem*, 42-8).

L'action Paulienne réelle est *in rem fictitia*; on n'y peut voir qu'une revendication exercée par les créanciers à la place du débiteur, sur la fiction que la chose n'a pas changé de maître, *rescissa traditione* (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 6).

Originaire de l'époque impériale, cette action n'a dû exister que sous la forme pétitoire. Applicable seulement aux aliénations frauduleusement consenties par le débiteur, elle aboutit, en sa qualité d'arbitraire, à mettre tout détenteur dans la nécessité de restituer la chose aliénée, ou de subir la condamnation.

A côté de la Paulienne réelle, se présente l'interdit fraudatoire, également possible contre tout détenteur, et qui tend comme elle à la restitution de la chose aliénée (L. 10, pr., D., *Quæ in fraudem*, 42-8; L. 96, pr., D., *De solutionibus*, 46-3).

Ces deux moyens de droit ne font-ils pas double emploi? La différence entre eux se trouve sans doute dans la preuve. Les créanciers se contentaient de prouver sur l'interdit que la chose aliénée avait été possédée par le débiteur; au contraire, sur l'action réelle, ils étaient tenus de prouver que la chose aliénée avait été sa propriété.

CHAPITRE XV.

ACTION SERVIENNE ET QUASI-SERVIENNE.

THÉORIE DE L'HYPOTHÈQUE.

(*Inst.*, L. IV, t. VI, § 7.)

L'action quasi-Servienne, ou hypothécaire, qui n'est que la généralisation de l'action Servienne, est une action réelle, prétorienne, *in factum*, attachée par le préteur au droit d'hypothèque.

§ I.

Origine et nature de l'hypothèque.

On a vu le plus ancien mode de sûreté réelle, constitué par l'aliénation fiduciaire, faire place au gage proprement dit. Si l'on admet que ces deux procédés aient coexisté, il est certain tout au moins que le second a détrôné le premier (*Gaius*, II, 60. — ***Paul***, S., L. II, t. XIII, §§ 5, 7; — ***supra***, p. 135).

Le gage lui-même, quoique préférable à l'aliénation ***contracta fiducia***, présente un double inconvénient. D'abord il inutilise la chose engagée; le gagiste n'a pas la faculté juridique de s'en servir, et le constituant n'en a pas la faculté matérielle, puisqu'il est dessaisi; ce grave désagrément trouvait néanmoins un palliatif dans l'institution du précaire, ou dans l'intervention d'un bail plus nominal que réel. Mais, en outre le gage épuise le crédit du débiteur avec une rapidité fâcheuse; car un seul objet ne peut servir de sûreté qu'à un seul créancier, la valeur en fût-elle bien supérieure au montant de la créance (L. 35, § 1, D., *De pign. act.*, 13-7) (1).

C'est pour combler les lacunes que présentait le gage qu'apparut l'hypothèque. Ce précieux instrument juridique, d'origine grecque, fonctionnait dans l'Asie Mineure au temps de Cicéron; mais on ne sait pas exactement à quelle époque précise il fut introduit en Italie. Toutefois l'Édit perpétuel d'Adrien et des textes de jurisconsultes antérieurs ou contemporains s'en occupent déjà; il est donc incontestable que le droit romain s'ouvrit à l'hypothèque dans le IIe siècle de notre ère, au plus tard (L. 4; L. 15, D., *De pignoribus et hypoth.*, 20-1; L. 4, D., *In quibus causis, pignus*, 20-2. — Cicéron, *Ad Atticum*, XIII, 56).

Première application de l'hypothèque. — C'est un préteur Servius qui fit le premier pas dans cette voie. Il permit au fermier d'une exploitation rurale d'affecter, par simple convention, à la sûreté de son prix de ferme, les meubles, les bestiaux et ustensiles aratoires qu'il apportait dans le fonds. Ce gage purement conventionnel et qui se formait indépendamment de toute tradition fut

(1) Le gage pourrait cependant être affecté à la sûreté de plusieurs créanciers; mais pour cela, il faudrait que le *pignus* fût remis entre les mains d'un tiers qui le détiendrait au nom et pour le compte de tous les intéressés.

même rendu plus efficace que n'était auparavant le gage réel; car le bailleur eut le droit de revendiquer contre tout détenteur les objets affectés à sa créance. L'action *in rem* qu'on lui donna dans ce but fut l'action Servienne, *actio Serriana* (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 7).

Généralisation de l'action Servienne. — Ce procédé simple et commode ne tarda pas à se généraliser. Il fut admis que tout créancier pourrait, par simple convention, obtenir un droit réel, un *jus in re* sur les biens de son débiteur. La loi en supposa même l'établissement au profit de certains créanciers dignes de faveur. Dès lors l'hypothèque était née; on peut la définir : *un droit réel prétorien, accessoire et indivisible portant sur une chose affectée, par un pacte ou par la loi, à l'acquittement d'une obligation.* L'action qu'elle produit est l'action quasi-Servienne ou *hypothecaria* (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 7 *in medio.* — Conf., C. C., art. 2114-2203).

Assimilation de l'hypothèque et du gage. — Désormais le gage et l'hypothèque sont assimilés; le même mot de *pignus* sert à les désigner; l'un et l'autre procurent contre les tiers un droit de suite, exercé par l'action hypothécaire.

Cependant le gage proprement dit offre toujours ce caractère spécial de supposer une tradition. Il ne peut donc porter que sur des choses actuelles, et garantir qu'un seul créancier à la fois. En outre, il permet au créancier gagiste de recouvrer, même avant l'échéance, la possession de la chose engagée, au moyen des interdits possessoires, tandis que le créancier hypothécaire n'invoque valablement son droit de suite qu'après l'exigibilité.

Mais, réserve faite de ces différences, les deux théories se confondent à l'égard des tiers; toute constitution de gage emporte *a fortiori* constitution d'hypothèque, et les jurisconsultes disent : *inter hypothecam et pignus tantum nominis sonus differt* (L. 5, § 1; L. 14, D., *De pignoribus*, 20-1. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 7 *in fine*).

§ II.

Constitution de l'hypothèque.

Au point de vue de son établissement, l'hypothèque est *volontaire* ou *nécessaire*.

Conditions communes à toutes les hypothèques. — Toute hypothèque, qu'elle soit *volontaire* ou *nécessaire* exige toujours deux conditions primordiales : 1° une dette principale; 2° une chose susceptible d'hypothèque.

1° *Dette principale.* — La première condition, c'est l'existence d'une dette, soit à la charge du propriétaire de la chose hypothéquée, soit à la charge d'autrui; car un droit accessoire ne saurait aller sans un droit principal. Il importe peu d'ailleurs que la dette soit civile, prétorienne ou naturelle, pure et simple, à terme, conditionnelle, ou simplement future; tout ce qu'on exige, c'est qu'elle ne soit pas nulle (L. 5, pr., § 2, D., *De pignoribus*, 20-1; L. 2, § 3, D., *De pignerat. actione*, 13-7).

2° *Choses susceptibles d'hypothèque.* — La seconde condition, c'est que l'hypothèque affecte une chose susceptible d'en faire l'objet, c'est-à-dire d'être vendue; car la vente est le but final de l'hypothèque.

Toutes les choses *corporelles*, mobilières ou immobilières satisfont à cette condition et par suite peuvent être hypothéquées, pourvu qu'elles soient dans le commerce. En droit français, au contraire, il n'y a que les immeubles qui soient en principe susceptibles d'hypothèque (L. 9, § 1, D., *De pignoribus*, 20-1. — Conf., C. C., art. 2119).

Parmi les choses incorporelles, on ne peut hypothéquer, à titre principal et distinct, ni les droits d'usage et d'habitation, ni les servitudes urbaines (L. 11, § 3, D., *De pignoribus*, 20-1).

Mais on frappe régulièrement d'hypothèque les *res incorporales* suivantes :

1° L'usufruit, en ce sens que le créancier non payé a la faculté de s'en attribuer tous les avantages, ou mieux encore d'en aliéner l'exercice; du reste, le constituant demeure titulaire de l'usufruit, dont le sort dépend toujours de son existence (L. 11, § 2, D., *De*

pignoribus, 20-1; L. 8, pr., D., *Quibus modis*, 20-6. — Conf., C. C., art. 2118).

2° Les servitudes rurales, en ce sens que le créancier a l'exercice de la servitude, au profit de son propre fonds, jusqu'à l'échéance de la dette, et qu'après l'échéance, il est maître de la vendre aux propriétaires voisins (L. 12, D., *De pignoribus*, 20-1) (1).

3° Les droits réels de superficie et d'emphytéose (L. 31, D., *De pignoribus*, 20-1; L. 15, D., *Qui potiores in pign.*, 20-4).

4° Les droits de créance, *nomina*. L'effet de cette hypothèque, que les textes appellent *pignus nominis* est d'autoriser le créancier à faire une cession à titre onéreux de la créance hypothéquée, pour se payer sur le prix. S'il le préfère, il réclame lui-même le paiement par une action utile, et garde l'argent dans la mesure de ce qui lui est dû, ou, s'il ne s'agit pas d'une somme d'argent, acquiert, sur la chose, les droits d'un créancier gagiste (L. 18, pr., D., *De pignerat. actione*, 13-7).

5° Le gage et l'hypothèque. On suppose qu'un créancier gagiste ou hypothécaire affecte cette sûreté à la dette dont il est lui-même tenu; c'est le *pignus pignori datum*. Il en résulte pour son cessionnaire, outre les effets précités du *pignus nominis*, la possibilité de saisir et de vendre la chose hypothéquée, afin de s'en attribuer le prix jusqu'à concurrence de ce qui est dû au cédant (L. 13, § 2, D., *De pignoribus*, 20-1. — *Contra*, C. Proc., art. 775).

Hypothèques volontaires. — L'hypothèque *volontaire* est celle qui dérive de la volonté du constituant; elle peut s'établir de deux manières : 1° par convention; c'est le mode le plus ordinaire; aucune forme spéciale n'est requise, si bien que ce pacte peut s'induire de certains actes et résulter d'une intention tacite ou présumée; 2° par testament, en faveur d'un légataire ou d'un créancier du testateur (L. 26, pr., D., *De pignerat. actione*, 13-7; L. 4; L. 26, § 1, D., *De pignoribus*, 20-1. — Conf., C. C., art. 2127).

Mais, conventionnelle ou testamentaire, la constitution d'hypo-

(1) Tous les auteurs n'interprètent pas ainsi le texte relatif à l'hypothèque des servitudes rurales. Au lieu de l'appliquer à une servitude déjà constituée, la plupart des interprètes enseignent qu'il s'agit d'une servitude à constituer; le créancier non payé aurait, dans cette opinion, le droit d'investir à titre onéreux un tiers d'une servitude sur le fonds du débiteur. Mais il est alors impossible de comprendre pourquoi le texte exige que le créancier ait lui-même un fonds voisin du fonds servant (L. 12, D., *De pign.*, 20-1).

thèque volontaire n'est valable qu'autant qu'elle émane d'un propriétaire capable d'aliéner (Conf., C. C., art. 2124).

Dans cette matière essentiellement prétorienne, on entend par propriétaire non-seulement le *dominus ex jure quiritium*, mais encore celui qui a l'objet *in bonis*, et même le possesseur légitime d'un fonds provincial. La règle n'est pas appliquée d'ailleurs à l'hypothèque de biens à venir, ou qui a pour objet une chose due au constituant, ou qui est subordonnée à la condition suspensive de l'acquisition de la propriété. Dans ces trois cas, le pacte de constitution est d'ores et déjà valable; mais le droit réel ne frappera la chose qu'une fois acquise au constituant (L. 1, pr.; L. 15, § 1; L. 16, § 7, D., *De pignoribus*, 20-1) (1).

En dehors de ces exceptions, la convention d'hypothèque qui porte sur la chose d'autrui est et demeure nulle; car elle doit avoir pour résultat la création d'un droit réel, et toute l'opération tombe, quand ce résultat est impossible. Au contraire, on a vu que la vente de la chose d'autrui restait valable en principe; c'est que la vente, à la différence du pacte d'hypothèque, ne doit par elle-même produire que des obligations, et qu'on peut sans difficulté devenir créancier ou débiteur d'une *res aliena* (*supra*, p. 149).

Cependant l'hypothèque de la chose d'autrui n'est pas toujours inefficace. Le propriétaire reste libre de la ratifier. De plus, consentie par un possesseur de bonne foi, elle engendre une action utile contre le constituant lui-même et contre les tiers qu'il pourrait vaincre dans la Publicienne. Cette action utile serait encore donnée au créancier de bonne foi contre le constituant qui aurait acquis plus tard la propriété. Enfin, si le propriétaire devient l'héritier du constituant, la doctrine qui semble prédominante reconnaît au créancier le droit d'agir hypothécairement (L. 20, D., *De pignerat. actione*, 13-7; L. 1, pr.; L. 18; L. 21, § 1; L. 22, D., *De pignoribus*, 20-1) (2).

(1) Le débiteur peut en effet hypothéquer ses biens à venir, et même dans le dernier état du droit la constitution d'hypothèque qui porte sur tous les biens présents est présumée comprendre aussi les biens à venir (L. 25, § 1, D., *De pignoribus*, 20-1. — L. 9, C., *Quæ res pignori*, 8-17. — *Contra*, C. C., art. 2129 *in fine*, 2130).

(2) Le jurisconsulte Paul n'admettait pas que l'affectation hypothécaire devînt valable dans le cas où le propriétaire succédait au constituant (L. 40, D., *De pign. act.*, 13-7). Mais son opinion combattue par Modestin ne paraît pas avoir triomphé (L. 22, D., *De pignoribus*, 20-1).

Hypothèques nécessaires. — On entend par hypothèques nécessaires celles qui n'ont pas leur source dans la volonté des parties. On en distingue trois espèces : le *pignus prætorium*, le *pignus judiciale* et l'hypothèque tacite ou légale.

Pignus prætorium. — Le préteur sanctionne souvent ses ordres par un envoi en possession des biens du débiteur récalcitrant; plusieurs exemples nous en sont déjà connus. Tous ceux qui obtiennent cette *missio* en vertu des mêmes causes, bien qu'à différentes dates, sont de condition égale entre eux. Cette possession ne fut d'abord protégée que par un interdit ou par une action *in factum*; Justinien y attacha le droit de suite et l'action réelle, c'est-à-dire les principaux effets du gage volontaire. C'est le *pignus prætorium* (L. 5, § 3, D., *Ut in possessionem*, 36-4. — L. 2, C., *De prætorio pignore*, 8-22).

Pignus judiciale. — Lorsqu'un débiteur condamné ne s'exécute pas dans le délai fixé, le magistrat qui a organisé l'instance fait saisir quelques-uns de ses biens au profit de la partie gagnante. Ici le droit de gage n'existe qu'à partir de l'exécution réelle, et n'appartient aux intéressés que suivant l'ordre des dates, conformément à la règle commune. C'est le *pignus judiciale* encore appelé *pignus ex causa judicati captum* (L. 15, D., *De re judicata*, 42-1; L. 10, D., *Qui potiores*, 20-4) (1).

Hypothèques légales. — Enfin, il arrive quelquefois que la loi crée directement des hypothèques au profit de certains créanciers incapables de pourvoir eux-mêmes à leur sûreté, ou qu'elle veut favoriser. Les unes sont spéciales, c'est-à-dire restreintes à certains biens du débiteur; les autres sont générales, c'est-à-dire atteignent tout son patrimoine (Conf., C. C., art. 2121-2122).

Parmi les hypothèques légales *spéciales* on peut citer : 1° celle du bailleur d'un fonds rural, *prædium rusticum*, sur les récoltes; 2° celle du bailleur d'une maison ou d'un appartement, *prædium urbanum*, sur les meubles apportés par le locataire; 3° celle du légataire sur les biens de la succession (L. 4; L. 7, D., *In quibus causis*, 20-2. — L. 1, C., *Communia de legatis*, 6-43. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 2. — Conf., C. C., art. 1017, 2102-1°).

Les hypothèques tacites *générales* les plus remarquables et les

(1) Le *pignus prætorium* et le *pignus judiciale* peuvent être considérés, dans une certaine mesure, comme les origines premières de notre hypothèque judiciaire actuelle (Conf., C. C., art. 2117, 2123).

plus connues sont : 1° celle du fisc, sur les biens de ses administrateurs, des contribuables et de ses débiteurs contractuels; 2° celle qu'attribua Constantin aux pupilles et mineurs de vingt-cinq ans, sur les biens de leurs tuteurs et curateurs; 3° celle qui fut concédée par Justinien aux fous; 4° celle que le même empereur accorda aux femmes, sur les biens de leurs maris, pour la restitution de la dot (L. 17; L. 46, § 3, D., *De jure fisci*, 49-14. — L. 20, C., *De adm. tut.*, 5-37; L. 7, § 6, C., *De curatore furios.*, 5-70; L. 30, C., *De jure dotium*, 5-12. — Conf., C. C., art. 2121) (1).

§ III.

Effets de l'hypothèque.

Étendue de l'hypothèque. — L'hypothèque est *générale* ou *spéciale*, selon qu'elle frappe l'ensemble des biens d'une personne, ou suivant qu'elle porte seulement sur des biens déterminés. D'ailleurs, une fois qu'elle a été constituée, l'hypothèque s'étend à tous les accessoires de la chose et comprend les améliorations qu'elle peut recevoir, alluvion, constructions, etc. Elle embrasse même l'enfant de l'*ancilla* hypothéquée, pourvu qu'il fût déjà conçu lors de la constitution et qu'il naisse chez le constituant ou son héritier (L. 18, §§ 1, 2, D., *De pignerat. actione*, 13-7. — *Sic.*, C. C., art. 2133).

Indivisibilité. — L'hypothèque est *indivisible*; on exprime cette règle par la maxime connue : *est tota in toto et tota in qualibet parte*. Ce caractère ne signifie pas ici qu'elle ne puisse, comme les servitudes prédiales, se constituer ou s'éteindre pour une part indivise. Le sens en est que : 1° chaque portion divise ou indivise de la chose hypothéquée garantit toute la dette; ainsi, quand la chose passe à plusieurs acquéreurs par fragments ou par indivis, chacun d'eux est tenu hypothécairement de l'obligation entière; 2° chaque fraction de la dette est garantie par toute la chose; ainsi, quand le débiteur ou le créancier meurt en laissant plusieurs héritiers, et que l'un d'eux paie ou reçoit le montant intégral de sa part, la chose n'est point dégrevée pour une portion correspon-

(1) L'hypothèque tacite des pupilles et celle des femmes mariées ont remplacé le *privilegium tutelæ* et le *privilegium dotis* de l'ancien droit.

dante et reste tout entière hypothéquée du chef des autres (L. 8, § 2, D., *De pign. actione*, 13-7. — L. 1; L. 2, C., *Si unus ex pluribus*, 8-32. — *Sic*, C. C., art. 2114).

Situation du propriétaire. — L'hypothèque non accompagnée du gage proprement dit laisse au constituant le *jus utendi*, et le *jus fruendi*, c'est-à-dire deux éléments importants de sa propriété. Quant au *jus abutendi* ou droit de disposer, c'est le seul qui ne reste pas intact. Il est limité par l'obligation de maintenir sans amoindrissement la sûreté hypothécaire, et par ce principe que les aliénations faites par le constituant ne sont pas opposables au créancier.

Même sous cette restriction, il serait d'ailleurs inexact de reconnaître au propriétaire la pleine faculté d'aliéner. Il l'a bien à l'égard des tiers; car la vente sera valable comme contrat, à moins d'avoir été prohibée par une clause expresse de la constitution d'hypothèque. Mais, à l'égard du créancier, il ne l'a qu'en supposant l'hypothèque générale; dans le cas contraire, on va jusqu'à le déclarer coupable d'un *furtum*, si la chose hypothéquée qu'il aliène est mobilière (L. 7, § 2, D., *De distract. pignorum*, 20-5; L. 66, pr., D., *De furtis*, 47-2. — L. 2; L. 3; L. 4, C., *De servo pignori dato*, 7-8).

Situation des créanciers hypothécaires. — En l'absence d'hypothèque, trois règles déterminent les droits des créanciers : 1° d'abord, le patrimoine de l'obligé forme le gage commun de tous les créanciers; aussi lorsque le débiteur est insolvable, chacun d'eux subit une perte proportionnelle à la quotité de sa créance; 2° de plus, ce gage commun ne produit pas de droit de suite et cesse de comprendre les biens aliénés par le débiteur, sous la réserve de l'action Paulienne s'il y a eu fraude; 3° enfin, pour arriver à la réalisation de leur gage, les créanciers ne peuvent pas en principe, du moins, procéder à la vente individuelle de tels ou tels biens; ils doivent vendre en masse tout le patrimoine (*bonorum venditio*) (Conf., C. C., art. 2092, 2093).

Or, l'hypothèque déroge à ces trois principes; en d'autres termes, elle produit trois effets principaux : 1° le *droit de préférence*, qui permet au créancier hypothécaire d'échapper à la loi du concours, et de se payer, sur le prix de la chose hypothéquée, comme s'il était seul créancier; c'est là l'essence et le but même de l'hypothèque; 2° le *droit de vente*, qui lui donne la faculté d'arriver à la

réalisation du prix, pour mettre en exercice le droit de préférence; 3° le *droit de suite*, qui lui permet de méconnaître toute aliénation postérieure à l'établissement de l'hypothèque, et d'enlever la chose, soit au constituant, soit au tiers acquéreur, pour mettre en exercice le droit de vente. On voit clairement que le droit de vente et le droit de suite ne sont que les accessoires et pour ainsi dire les instruments du droit de préférence.

1° *Droit de vente.* — Le droit de vente est soumis ici aux mêmes règles qu'en matière de gage, avec cette différence qu'il fut toujours essentiel à l'hypothèque (*supra*, p. 137).

Il faut seulement noter que le créancier hypothécaire, comme tout aliénateur en général de la chose d'autrui, ne peut y parvenir qu'au moyen de la tradition; si donc la *res* est *mancipi*, l'acquéreur a besoin de l'usucaper pour en devenir *dominus ex jure quiritium.*

2° *Droit de préférence.* — A Rome, le droit de préférence n'attend pas pour se manifester, comme dans notre législation moderne, que le gage des créanciers ait été converti en numéraire et leur ordre fixé par le juge. Il n'a qu'une forme unique envers les cocréanciers ou les tiers, et consiste dans la faculté d'obtenir la possession de la chose pour la vendre (L. 5, pr., D., *De distract. pign.*, 20-5).

S'il n'y a qu'un créancier hypothécaire en face des chirographaires, il se paiera sur le prix, et restituera l'excédant au constituant ou lui cédera ses actions de vente contre l'acheteur (L. 24, § 2, D., *De pignerat. actione*, 13-7).

S'il y a plusieurs créanciers hypothécaires, l'ordre se détermine entre eux par la date des hypothèques, abstraction faite de la date des créances; *prior tempore, potior jure.* Cette règle de la priorité s'applique sans distinction entre le gage et l'hypothèque, entre l'hypothèque générale et l'hypothèque spéciale. Lorsque la même chose est frappée d'abord d'une dette conditionnelle, ensuite d'une dette pure et simple, le créancier de la première l'emportera, bien que la condition ne s'accomplisse qu'après la naissance de la seconde, etc. Mais en supposant deux hypothèques exactement contemporaines, c'est le possesseur qui triomphe (L. 2; L. 10; L. 11, § 1; L. 21, D., *Qui potiores*, 20-4. — Conf., C. C., art. 2134, 2147).

Le premier créancier hypothécaire obtient ou retient la posses-

sion, vend lui-même, se paie de ses mains, et distribue le reste aux créanciers subséquents, dans leur ordre respectif.

3° *Droit de suite.* — Par quel moyen le premier créancier hypothécaire exerce-t-il son droit à la possession? C'est ici que l'hypothèque va surtout révéler sa nature de droit réel. En effet, sans revenir sur l'action de gage proprement dite (*pigneratitia*), qui est civile et se restreint aux rapports du gagiste et du constituant, il faut reconnaître au créancier hypothécaire un ensemble de moyens énergiques pour obtenir, conserver et recouvrer au besoin la possession de la chose hypothéquée.

Interdits. — Des voies purement possessoires lui sont d'abord ouvertes; ce sont les interdits *uti possidetis*, *utrubi*, *unde vi*, et dans un cas spécial l'interdit Salvien. Les détails en appartiennent à la théorie spéciale des interdits (L. 16, D., *De usucap.*, 41-3).

Action hypothécaire. — De plus, soit qu'il n'ait jamais eu la possession, soit qu'il l'ait perdue, il peut la conquérir ou la reprendre en intentant, au pétitoire, l'action Servienne ou quasi-Servienne, que les Romains appellent communément *hypothecaria* ou *pigneratitia in rem*. La formule ne nous en est point parvenue; mais on la rétablit par conjecture au moyen de quelques textes. Il en résulte que l'action hypothécaire est une action réelle prétorienne, non pas *fictitia*, mais *in factum* (L. 11, § 1; L. 17, D., *De pignoribus*, 20-1. — Conf., C. C., art. 2166) (1).

L'action hypothécaire se donne contre le détenteur quel qu'il soit, constituant, nouveau propriétaire ou tiers. Elle est arbitraire, et le juge ordonne au défendeur de restituer la chose hypothéquée, s'il n'aime mieux payer toute la dette; car le droit est indivisible (L. 12, § 7, D., *Qui potiores*, 20-4; L. 16, § 3, D., *De pignoribus*, 20-1. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 31).

Preuve. — Le demandeur doit prouver : 1° que l'hypothèque a été régulièrement constituée; 2° que le constituant avait la chose au moins *in bonis* lors de la constitution. C'est donc toujours une question de propriété qui se trouve ici soumise au juge; l'action

(1) Voici comment les auteurs rétablissent ordinairement la formule de l'action quasi-Servienne : *Si paret eam rem, qua de agitur, ab eo cujus in bonis tum fuit Aulo Agerio pignori hypothecæve propter mutuam pecuniam obligatam esse, neque eam pecuniam solutam aut ejus nomine satisfactum fuisse, neque per Aulum Agerium stare quo minus solvatur satisve fiat, nisi arbitratu tuo Numerius Negidius aut rem Aulo Agerio restituat aut pecuniam solvat, quanti ea res erit, tantam pecuniam Numerium Negidium, Aulo Agerio condemna.*

hypothécaire n'est au fond que la revendication ou la Publicienne, exercée au nom du constituant par le créancier, en vertu de l'hypothèque. Le créancier est tenu d'établir la propriété du constituant, comme l'eût fait ce dernier lui-même. Par conséquent, le créancier ne triomphe sur l'action hypothécaire que dans le cas où le constituant eût triomphé sur la revendication ou la Publicienne; en un mot, il est passible des mêmes exceptions (L. 18; L. 19, § 2, D., *De pignoribus*, 20-1 ; L. 23, D., *De probat.*, 22-3).

Exceptions opposables à l'action hypothécaire. — Sans parler des moyens ordinaires de défense que le défendeur à l'action hypothécaire peut opposer au demandeur, il y a des exceptions particulières dont l'action quasi-Servienne est passible.

La principale est le bénéfice de discussion, *beneficium excussionis*. Ce bénéfice est réel ou personnel. Le *beneficium reale* est le plus ancien; il consiste dans le droit donné au détenteur de forcer le créancier, investi à la fois d'une hypothèque générale et d'une hypothèque spéciale, à se prévaloir d'abord de l'hypothèque spéciale. Le *beneficium personale* date de Justinien; il a deux applications importantes : 1° le tiers détenteur, recherché par l'action hypothécaire, peut exiger que le créancier intente en premier lieu, contre le débiteur et ses coobligés ou ses cautions, l'action personnelle de la créance; 2° le tiers détenteur de la chose hypothéquée par un fidéjusseur peut renvoyer le créancier à discuter avant tout la chose hypothéquée par le débiteur lui-même (L. 2, C., *De pignoribus*, 8-14. — Nov. 4, ch. 2. — Conf., C. C., art. 2170, 2171).

De même, si le défendeur à l'action hypothécaire est investi d'une hypothèque préférable, il opposera l'exception de priorité *si non ante pignoris hypotecæve nomine res sit obligata* (L. 12, D., *Qui potiores*, 20-4).

Enfin le tiers détenteur est libre d'invoquer le *jus offerendæ pecuniæ*, c'est-à-dire de désintéresser le créancier et de demander en retour la cession d'actions; le créancier, s'il refuse, sera repoussé par l'exception de dol (L. 19, D., *Qui potiores*, 20-4. — Conf., C. C., art. 1251-2°).

§ IV.

Extinction de l'hypothèque.

L'hypothèque s'éteint de deux manières : par voie de conséquence ou directement.

Extinction indirecte de l'hypothèque. — La suppression *jure civili* ou *jure prætorio* de la dette fait disparaître l'hypothèque, en sa qualité d'accessoire. Mais ce résultat suppose que la suppression est complète, c'est-à-dire efface la totalité de la dette et ne laisse pas même survivre une obligation naturelle. Tels sont, par exemple, les cas de paiement, de novation ou d'acceptilation (Conf., C. C., art. 2180-1°).

Cependant des considérations de fait et d'équité occasionnent quelques dérogations à ce principe.

Jus offerendæ pecuniæ. — Ainsi, pour empêcher la vente dans un moment peu favorable, un créancier hypothécaire peut en désintéresser un autre qui lui est préférable. Il rend par là service aux autres créanciers hypothécaires et même au débiteur. Aussi le recouvrement de la somme avancée lui est-il garanti par l'hypothèque de la créance éteinte. C'est le *jus offerendæ pecuniæ* (L. 1; L. 5, C., *Qui potiores in pign.*, 8-18. — Conf., C. C., art. 1251-1°).

Subrogation. — Lorsqu'un emprunt est fait, sous la double condition que les deniers seront employés à l'acquittement d'une dette hypothécaire, et que le prêteur sera subrogé dans l'hypothèque du créancier payé, la subrogation résulte du paiement. Cette opération produit le même avantage que le *jus offerendæ pecuniæ* (L. 12, § 8, D., *Qui potiores in pign.*, 20-4. — Conf., C. C., art. 1250).

Paiement du prix d'acquisition. — Enfin si la chose hypothéquée est vendue par le débiteur, l'acheteur qui paie son prix entre les mains du plus ancien ou des plus anciens créanciers hypothécaires, devient préférable aux autres pour le recouvrement des sommes ainsi payées. Cette hypothèque, acquise sur sa propre chose, n'a d'autre but que de tenir en respect le premier des créanciers hypothécaires non désintéressés. Car il ne pourra plus exercer son droit que moyennent l'offre de ce qui a été versé pour éteindre les droits antérieurs au sien (L. 17, D., *Qui potiores in pign.*, 20-4.

— L. 3, C., *De his qui in priorum*, 8-19. — Conf., C. C., art. 1251-2°).

Extinction directe de l'hypothèque. — L'hypothèque peut s'éteindre directement, abstraction faite de la dette, de sept manières principales :

1° Par la vente régulière de la chose, opérée après l'échéance par le premier créancier hypothécaire (L. 1, C., *Si antiquior creditor*, 8-20);

2° Par la résolution des droits du constituant conformément à la maxime connue : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* (L. 3, D., *Quibus modis pignus*, 20-6. — Conf., C. C., art. 2125);

3° Par la confusion, en d'autres termes, par l'acquisition de la propriété au créancier hypothécaire. Toutefois, s'il y a d'autres créanciers hypothécaires en rang inférieur, le nouveau propriétaire conserve la faculté de se prévaloir de son hypothèque contre eux (L. 30, § 1, D., *De exceptione rei judicatæ*, 44-2);

4° Par la renonciation expresse ou tacite. On l'induit notamment de l'adhésion que donne le créancier hypothécaire à une seconde hypothèque constituée en faveur d'un tiers ou du consentement qu'il donne à la vente de la chose, sans faire de réserve, etc. (L. 12, § 4, D., *Qui potiores in pign.*, 20-4; L. 4, § 1, D., *Quibus modis pignus solv.*, 20-6. — Conf., C. C., art. 2180-2°);

5° Par la perte entière et définitive de la chose hypothéquée (L. 8, D., *Quibus modis pignus*, 20-6);

6° Par l'usucapion dans le droit de Justinien, c'est-à-dire par la prescription acquisitive de dix à vingt ans. Mais, comme on s'en souvient, cette prescription est distincte de l'usucapion de la propriété, et ne fait pas échec au principe que le *dominium* s'acquiert avec ses charges (L. 12, C., *De præscript. long. temp.*, 7-33. — *Voir* t. I, p. 192);

7° Par la prescription libératoire de quarante ans. Ce mode d'extinction, ignoré du droit classique, fut imaginé par l'empereur Justin pour les hypothèques conventionnelles. Il faut supposer la créance elle-même et l'action personnelle éteintes par la prescription de trente ans. Alors, si la chose grevée est entre les mains d'un tiers détenteur, l'hypothèque s'éteint par voie de conséquence ; si la chose grevée est entre les mains du débiteur, l'hypothèque survit encore pendant dix ans (Const., *Cum notissimi*; L. 7, C., *De præscript. trigent.*, 7-39. — Conf., C. C., art. 2180-4°).

On explique d'habitude ce résultat par la survivance d'une obligation naturelle qui remplace la dette prescrite et suffit à conserver l'hypothèque. Il est vrai que cette explication suppose tranchée une controverse sur le point de départ; car c'est une question séculaire que de savoir si la prescription de la dette laisse subsister une obligation naturelle. Mais on a le droit de répondre que Justin était précisément un partisan de l'affirmative, et qu'en sa qualité de législateur il y a rattaché la persistance de l'hypothèque (L. 7, § 1, C., *De præscript. trigent.*, 7-39; — *supra*, p. 8).

§ V.

Observations critiques sur le régime hypothécaire des Romains.

L'organisation de l'hypothèque romaine est certainement une belle œuvre théorique, mais à coup sûr un mauvais instrument de crédit. Car les créanciers, les tiers acquéreurs, et par contre coup les débiteurs eux-mêmes, lui demanderaient vainement protection et facilités.

Clandestinité des hypothèques. — L'hypothèque romaine a d'abord l'immense vice d'être occulte; car aucune mesure de publicité analogue à notre inscription ne vient la révéler aux tiers. L'empereur Léon crut, il est vrai, parer à ce danger en décidant que l'hypothèque constatée, soit par acte public, soit par acte signé de trois témoins irréprochables, serait toujours préférée aux hypothèques même antérieures sur simple titre privé. Mais cette réforme n'était pas impérative, et ne constituait pas d'ailleurs une publicité suffisante (L. 11, C., *Qui potiores*, 8-18. — Conf., C. C., art. 2134, 2146-2156).

C'est donc en aveugle que le créancier prête son argent et poursuit l'action hypothécaire, c'est au hasard qu'il vend, puisqu'il encourt toujours le risque d'un recours en éviction de la part de son acquéreur. Et connaît-il même les hypothèques antérieures, il n'a la faculté ni d'exiger ni de surveiller la vente; son unique ressource est de la prévenir par le *jus offerendæ pecuniæ*, qui peut excéder ses moyens et l'exposer à des pertes nouvelles, s'il survient ensuite un créancier hypothécaire plus ancien qu'il ne connaissait

pas. Comme on l'a dit justement, le premier des créanciers hypothécaires a donc la part du lion.

La situation du tiers acquéreur n'est pas meilleure; il achète et paie à l'aventure. Que son vendeur soit le constituant ou quelque créancier hypothécaire, une éviction le menace pendant trente ans. Car s'il est poursuivi en vertu d'une hypothèque antérieure, il doit payer intégralement ou délaisser; la loi romaine ne lui donne aucun moyen terme pareil à notre purge (Conf., C. C., art. 2181-2195).

Les débiteurs eux-mêmes souffrent d'un pareil régime, car ils ne jouissent d'aucun crédit, impuissants qu'ils sont à donner sécurité, soit aux acquéreurs, soit aux prêteurs.

Vices de procédure. — Il faut encore ajouter à ces vices intrinsèques de graves inconvénients de procédure. La vente n'est pas publique comme notre vente judiciaire, elle se fait de gré à gré. Le concours entre les divers créanciers hypothécaires n'est pas réglé dans une instance collective et, une fois pour toutes, comme dans notre procédure d'ordre. Les débats surgissent entre deux créanciers qui se disputent la possession, sauf au vainqueur à recommencer le lendemain contre un nouvel adversaire supérieur par la date, jusqu'à l'entrée en lutte du premier de tous (Conf., C. C., art. 2218).

Hypothèques privilégiées. — Enfin les hypothèques privilégiées viennent mettre le comble à cette confusion.

Le droit classique avait, nous l'avons vu, organisé des *privilegia*. Le privilège n'était pas un droit particulier, mais une qualité de certaines créances, qui leur assignait un rang de faveur contre les créanciers simplement chirographaires. Par conséquent, la date était indifférente en cette matière, et tous les privilèges fondés sur la même cause concouraient entre eux; ils n'entraînaient ni droit de vente ni droit de suite, et se trouvaient primés par toute hypothèque, même postérieure (L. 16, § 3, D., *Depositi*, 16-3; L. 32, D., *De rebus auct. judicis*, 42-5).

Les plus importantes applications de ces idées avaient été les privilèges des femmes sur les biens des maris pour la restitution de la dot, *privilegium dotis*, et des pupilles, mineurs, fous ou prodigues sur les biens de leurs tuteurs ou curateurs, pour la garantie des comptes de gestion, *privilegium tutelæ vel curæ*. Ces privilèges, à l'exception de celui des prodigues, devinrent sous les empereurs chrétiens des hypothèques tacites (L. 25, D., *De tutelæ*, 27-3; L.

15, § 1, D., *De curatoribus furioso*, 27-10; L. 29, D., *De novationibus*, 46-2).

Or, en combinant les deux idées de privilège et d'hypothèque, les Romains imaginèrent des hypothèques privilégiées, c'est-à-dire préférables à toutes les autres, même plus anciennes.

Telles sont, à titre d'exemple : 1° l'hypothèque tacite de la personne qui a fait des frais de conservation pour la chose; 2° celle du fisc pour le paiement de l'impôt foncier; 3° enfin dans le dernier état du droit de Justinien, la célèbre hypothèque tacite des femmes mariées, dont il a été question sur la théorie de la dot (L. 5; L. 6, D., *Qui potiores*, 20-4. — L. 12, C., *Qui potiores*, 8-18. — Conf., C. C., art. 1572 (1).

CHAPITRE XVI.

ACTIONS *IN PERSONAM* CIVILES ET PRÉTORIENNES.

(*Inst.*, L. IV, t. VI, §§ 8-12.)

Chacune des actions réelles demandait un examen spécial; car elles sont peu nombreuses et toutes d'une importance capitale. La même méthode est inapplicable aux actions *in personam*; car on ne pourrait, sans refaire complètement le traité des obligations, tracer à part l'histoire de chacune d'elles.

Renvoi aux obligations. — En effet, les actions *in personam* sont civiles ou prétoriennes, comme les actions *in rem*. Mais la nature et les effets en ont été déjà précisés, à propos des obligations qu'elles sanctionnent. C'est ainsi qu'en étudiant les sources civiles des obligations, contrats, quasi-contrats, vol, injure et loi Aquilia, on a nécessairement étudié les actions personnelles et civiles qui en dérivent, par exemple la *condictio*, les actions *empti, venditi, locati, conducti, pro socio, mandati, furti nec manifesti, injuriarum, legis Aquiliæ*, etc. On les retrouvera d'ailleurs dans la subdivision ultérieure des *judicia stricti juris* ou *bonæ fidei*.

De même, à propos des sources prétoriennes d'obligations, qui

1) Le classement respectif des hypothèques privilégiées est une question débattue.

sont la *rapina* et les quasi-délits, on a rencontré certaines actions personnelles et prétoriennes, comme l'action *vi bonorum raptorum*, l'action *in factum* contre le juge prévaricateur, l'action *de effusis*, l'action *de suspensis*, etc. Il faut y joindre l'action *furti manifesti*, substituée par le préteur à l'antique pénalité des Douze-Tables. Enfin, les Institutes en signalent ici quelques autres, qui doivent maintenant appeler notre attention.

Actions prétoriennes personnelles. — Toutes les actions prétoriennes sont *in factum*. Comment donc est-il possible de les qualifier de personnelles? Car, on le sait déjà, la *demonstratio* et l'*intentio* se confondent dans les formules *in factum*, et le demandeur, sans arguer d'un droit réel ni personnel, y affirme simplement un fait dont l'existence est contestée. A ce point de vue, les actions *in jus* ou civiles, c'est-à-dire qui posent une question de droit dans l'*intentio*, font seules véritablement partie de la division des actions *in rem* et *in personam*. Cependant le fait soumis à l'appréciation du juge dans la formule *in factum* peut de même, à la rigueur, passer pour la cause d'une obligation que le demandeur invoque implicitement.

Parmi les actions prétoriennes, les unes sont *pœnæ persecutoriæ*, les autres ne renferment au contraire aucun élément pénal.

Les actions prétoriennes pénales peuvent avoir pour objet : 1° tantôt de sanctionner un principe d'équité méconnu par le droit civil; la plus célèbre en ce genre est l'action de dol, dont l'examen trouvera place dans une autre division; 2° tantôt de sanctionner un acte ou règlement émané de l'édit prétorien : telles sont les actions données contre la personne qui dégrade à dessein l'affiche de l'édit, *actio de albo corrupto*, ou qui cite en justice son ascendant ou son patron, sans la permission du préteur (*in eum qui parentem patronumve in jus vocasset*), ou qui soustrait violemment un défendeur à la *vocatio in jus* pratiquée par le demandeur (*in eum qui vi exemerit*), etc. (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 12).

D'autres actions prétoriennes n'ont rien de pénal et sont données en vertu de conventions que le préteur consacre; les plus remarquables exemples sont l'action de constitut, *actio de pecunia constituta* et l'action de serment, *actio de jurejurando* (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, §§ 9, 11),

§ I.

Action de pecunia constituta. — Théorie générale du pacte de constitut.

(*Inst.*, L. IV, t. VI, §§ 8, 9.)

Le constitut, *constitutum*, est la convention par laquelle quelqu'un s'engage à payer à jour fixe une dette préexistante.

Origine du constitut. — L'origine du constitut est dans le *receptum* ou *receptitium*, ancienne espèce de contrat pratiqué entre les banquiers et leurs clients. Les banquiers ouvraient à leurs clients des crédits, et par suite des comptes actifs et passifs dont ils tenaient écriture; ils payaient ou promettaient de payer pour eux. La promesse que faisait ainsi le banquier de payer à jour fixe dans les mains d'autrui ou pour autrui, était peut-être obligatoire en vertu du simple consentement, ou ne relevait d'ailleurs que des formes très simples (*supra*, p. 106).

La créance qui naissait du *receptitium* avait pour caractères : 1° de n'être possible qu'envers les banquiers; 2° de n'exiger aucune dette préexistante, ni du client envers le banquier, ni du banquier envers le client ou le tiers qui recevait la promesse; 3° de s'appliquer à tout objet susceptible de stipulation, bien qu'en pratique elle portât de préférence sur de l'argent; 4° d'engendrer une action civile et perpétuelle; c'était l'*actio receptitia* (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 8. — L. 2, C., *De const. pecun.*, 4-18).

Bref, le *receptitium* était une manière, soit d'ouvrir un crédit, soit de mettre à la disposition d'un client des fonds qu'il avait versés dans une maison de banque, ou qu'elle avait reçus pour son compte.

Le constitut sanctionné par le préteur n'est que la généralisation du *receptitium*. Il a quatre caractères : 1° il se forme par le simple consentement de parties capables; 2° il suppose une dette préexistante, non paralysée par une exception; on exigeait à l'origine une identité complète d'objet entre la dette antérieure et le constitut; 3° cette dette doit donc être de choses fongibles ou *quæ pondere, numero mensurave constant*; 4° il produit une action dite de *pecunia constituta*, qui est tantôt perpétuelle, tantôt annale dans cer-

tains cas inconnus (L. 1, § 7; L. 3, § 2, D., *De pecunia const.*, 13-5).

Justinien supprime le *receptitium* et le fond avec le constitut. Désormais, par un mélange des caractères précités : 1° l'action *de pecunia constituta* pourra naître contre toute personne capable; 2° elle suppose une dette préexistante; 3° on ne recherche plus à propos de quelle dette le constitut intervient; eût-elle pour objet un immeuble, le constitut n'en sera pas moins valable; cette règle est sans doute antérieure à Justinien, et date de l'époque où le constitut ne porta plus nécessairement sur le même objet que la dette antérieure; 4° l'action qu'il engendre est toujours perpétuelle (L. 2, C., *De const. pecunia*, 4-18).

Utilité du constitut. — Le constituant promettait soit de payer sa propre dette soit de payer celle d'autrui. Aussi distingué-t-on deux espèces de constitut, le *constitutum proprii debiti* et le *constitutum alieni debiti* (L. 5, § 2, D., *De pecun. const.*, 13-5).

I. — *Constitutum proprii debiti.* — Ce constitut présente un avantage évident dans le cas où la première dette n'était que naturelle, et provenait par exemple d'un simple pacte. Alors, suivant la remarque de nos anciens auteurs et conformément à la doctrine généralement admise, deux pactes réunis produisent une action, ce que chacun d'eux n'aurait pu faire séparément. La raison en est peut-être que nul doute ne peut alors planer sur le consentement des parties; car le pacte de constitut s'explique et se justifie par le pacte antérieur (L. 1, § 7, D., *De pecun. const.*, 13-5).

Dans l'hypothèse où la première dette était déjà munie d'une action civile ou prétorienne, le *constitutum proprii debiti* a parfois d'autres avantages. Il permet notamment de conserver un droit temporaire qui allait s'épuiser, de changer le lieu du paiement, de rapprocher ou de reculer le terme, etc. Aux yeux des Romains, la principale utilité du constitut était précisément de modifier l'époque du paiement. Il en résulte que tout constitut doit fixer une date pour l'exécution; de là vient son nom (*constituere*, prendre jour) et l'on admet que par bienveillance la validité d'un constitut fait sans désignation de terme. Justinien y insère alors un délai tacite de dix jours (L. 21, § 1, D., *De pecun. const.*, 13-5) (1).

Le constitut intervenu sur une dette conditionnelle dépendait

(1) Ce texte a été vraisemblablement interpolé par Justinien.

toujours dans le droit classique de la même condition. Justinien permit plus tard aux parties de le faire pur et simple (L. 19, D., *De pecun. const.*, 13-5. — L. 2, C., *De const. pecun.*, 4-18).

Le *constitutum proprii debiti*, lorsqu'il porte sur l'objet de la dette antérieure, est analogue au paiement; il ressemble à la dation en paiement dans le cas contraire. Par conséquent, fait avec l'un des *correi stipulandi*, il éteint le droit des autres. Mais cet effet extinctif ne se produit que *jure prætorio*, et la dette antérieure reste vivante au point de vue civil. S'il est donc possible d'établir que le créancier a voulu seulement se réserver le choix entre l'action primitive et l'action de constitut, ou que le débiteur a voulu garder la faculté de payer l'une ou l'autre dette à son gré, rien ne s'oppose à la validité de pareilles volontés. La question est toute de fait; c'est d'après l'intention des parties que le constitut ajoute ou substitue une nouvelle dette à l'ancienne (L. 7, § 1; L. 8; L. 10; L. 25, D., *De pecun. const.*, 13-5; L. 59, D., *De solutionibus*, 46-3).

Le *constitutum proprii debiti* a lieu parfois en faveur d'un nouveau créancier. L'opération ressemble alors : 1° à l'*adstipulatio*, si le nouveau créancier n'a d'autre mandat que de s'adjoindre au précédent; 2° à la novation, si le débiteur lui a été délégué, ou s'il a le pouvoir de disposer de la créance, en qualité de mandataire, tuteur ou curateur (L. 7, § 1, D., *De pecun. const.*, 13-5).

II. — *Constitutum alieni debiti.* — Faire le pacte de constitut à propos de la dette d'autrui, c'est faire acte d'*intercessor*. La femme ne pourrait donc y procéder puisque le sénatusconsulte Velléien lui interdit toute espèce d'*intercessio*.

C'est encore par la volonté des parties que se détermine le caractère de l'*intercessio* réalisée. Car le *constitutum alieni debiti* peut ressembler, tantôt à une *expromissio*, tantôt à la fidéjussion.

1° Il ressemble à l'*expromissio* lorsque le nouveau débiteur a voulu s'obliger à la place de l'ancien. Mais le constitut a l'avantage de ne lier le constituant qu'en supposant l'existence et la validité de la première dette (L. 28, D., *De pecun. const.*, 13-5).

2° Il équivaut à la fidéjussion lorsque le nouveau débiteur a voulu s'obliger à côté de l'ancien. Mais le *constitutum alieni debiti* n'était point soumis aux limitations de la loi Cornélia, ni à la *prædictio* de la loi Cicereia. De plus, comme on l'a déjà vu, il fut admis de bonne heure qu'il porterait valablement sur autre chose que l'objet de la dette primitive. Il pouvait être aussi plus onéreux

que l'obligation antérieure *tempore*, *vel loco*, *vel causa*; s'il était plus onéreux *re*, c'est-à-dire obligeait à plus que la dette primitive, il n'était que réductible, et non pas nul. La poursuite dirigée contre le débiteur principal ne libérait pas le constituant, et réciproquement. Enfin, dans le cas où le constitut était fait par plusieurs personnes, elles étaient bien tenues *in solidum* comme des fidéjusseurs; mais il ne paraît pas que le bénéfice de division leur appartînt dans le droit classique. Justinien le leur accorda, ainsi que le bénéfice de discussion (L. 1, §§ 5, 8; L. 3, § 2; L. 11, § 1; L. 16; L. 18, § 3, D., *De pecunia constituta*, 13-5. — L. 2; L. 3, C. *De const. pecun.*, 4-18. — Nov. 136, ch. 1; — *supra*, p. 83 et s.).

Remarque générale. — On voit que les effets du constitut sont multiples et divers. Bien que fondé sur un motif d'équité il offre cependant certains caractères de droit strict. Par exemple, la procédure *per sponsionem* était ici imposée aux parties; la *sponsio* était bilatérale, pénale et de la moitié de la valeur du litige. La partie qui succombait dans l'action *de pecunia constituta* payait au gagnant cette gageure exorbitante (*Gaius*, IV, 171).

§ II.

De l'actio de jurejurando et du serment en général.

(*Inst.*, L. IV, t. VI, § 10; t. XIII, § 4.)

On n'attache pas d'importance aux allégations d'un plaideur, ni même au serment qu'il fait spontanément; *sibi enim juravit.* Mais le serment est souvent prêté *conditione delata*, c'est-à-dire sur l'ordre du magistrat ou du juge, ou sur la réquisition de l'une des parties; la loi le considère alors comme un excellent moyen de trancher les procès, *maximum remedium expediendarum litium* (L. 1; L. 3, D., *De jurejurando*, 12-2).

Il y a trois sortes principales de serments; le *jusjurandum* est en effet *judiciale*, *necessarium* ou *voluntarium*. Les Institutes ne signalent pas les deux premiers, dont l'explication rapide est néanmoins indispensable à la pleine intelligence du serment volontaire ou extrajudiciaire.

I. — **Serment judiciaire.** — Le *jusjurandum judiciale* est le

serment déféré par le juge *in judicio*, dans les deux hypothèses suivantes :

1° Les preuves de part et d'autre ne sont pas décisives (*in dubiis causis*). Si elles manquaient tout à fait, le défendeur serait absous. Mais quand elles ne sont qu'insuffisantes, le juge est libre de déférer le serment (justement appelé *supplétoire*) à l'une ou l'autre des parties, et de prononcer ensuite pour ou contre elle, selon qu'elle le prête ou le refuse (L. 31, D., *De jurejurando*, 12-2. — L. 3, C., *De rebus creditis*, 4-1. — Conf., C. C., art. 1366-1369; — *supra*, p. 356).

2° Dans les actions arbitraires, dans les actions de bonne foi, et dans les actions de droit strict dont l'*intentio* ne porte pas sur une *certa pecunia*, le serment judiciaire sert à déterminer le montant de la condamnation; il prend alors le nom spécial de *juramentum in litem*. Le juge le défère au demandeur *cum* ou *sine taxatione;* mais il n'est pas lié par le serment prêté, il peut, sur de fortes raisons, rester au-dessous de l'estimation faite dans le serment, et même prononcer l'absolution. Ce *juramentum* suppose d'ailleurs le dol ou la mauvaise volonté du défendeur; s'il n'y a eu que simple faute de sa part, le juge doit apprécier lui-même la réparation due au demandeur (L. 2, § 1; L. 4, § 3; L. 5, pr., §§ 2, 3, 4, D., *De in litem jurejur.*, 12-3. — Conf., C. C., art. 1266).

II. — **Serment nécessaire.** — Le *jusjurandum necessarium* est probablement le serment déféré *in jure*, devant le magistrat, par l'une des parties à l'autre, sur les différents points de droit ou de fait du procès. Son nom lui vient de la nécessité de le prêter ou de le référer. Il a des effets plus irrévocables qu'un jugement; car le jugement est quelquefois rétracté ou réformé, tandis que le serment est au-dessus de toute atteinte. Lors même que la fausseté en serait démontrée, elle ne pourrait donner lieu qu'à des poursuites criminelles (L. 34, § 6, D., *De jurejurando*, 12-2; L. 15, D., *De exceptionibus*, 44-1. — Conf., C. C., art. 1358-1365; — *supra*, p. 344).

Les deux serments qui précèdent, qu'on réunirait sans inconvénient sous le nom unique de serment nécessaire, n'engendrent pas d'actions ni d'exceptions particulières. Car ils reçoivent leur sanction immédiate, ou du juge par la sentence, ou du magistrat qui termine lui-même l'affaire.

III. — **Serment volontaire.** — Le *jusjurandum voluntarium*

est le serment extrajudiciaire; il intervient entre personnes qui ne sont ni devant le juge, *in judicio*, ni devant le magistrat, *in jure*. L'une le défère à l'autre, qui est maîtresse de le prêter ou de le refuser.

Objet et forme du serment volontaire. — Ce serment est applicable à toute espèce de créances et de droits réels. Les questions d'état elles-mêmes en font régulièrement l'objet, hormis de très rares exceptions (L. 3, §§ 1, 2; L. 30, § 4, D., *De jurejurando*, 12-2).

Le serment extrajudiciaire implique d'ailleurs une convention; car il est proposé par l'une des parties, accepté par l'autre. De là résulte qu'on peut bien refuser de le prêter, mais on ne peut pas le référer à son adversaire; car ce serait lui imposer une convention. Il en faut conclure aussi que le serment doit se prêter comme il a été déféré, c'est-à-dire dans les mêmes termes; si je vous propose de jurer *per genium Principis*, vous n'êtes pas libre de jurer *per Jovem*. Du reste, une formule quelconque est admise, pourvu qu'elle ne s'inspire pas d'un culte prohibé (L. 3, § 4; L. 5, pr., §§ 1, 3, D., *De jurejurando*, 12-2).

Capacité requise en matière de serment volontaire. — Le serment volontaire est valablement prêté par toute personne capable de rendre sa condition meilleure, et valablement déféré par toute personne capable de rendre sa condition pire. S'il concerne le droit d'autrui, un simple *negotiorum gestor* peut le prêter; mais ne peuvent le déférer que les personnes investies de la faculté de disposer du droit sur lequel porte le serment, c'est-à-dire le tuteur, le curateur et le mandataire suivant les termes de son mandat. Ces décisions viennent de l'idée que le serment nuit à qui le défère et profite à qui le prête (L. 17; L. 18; L. 19; L. 20; L. 35, § 1, D., *De jurejurando*, 12-2).

Effets du serment volontaire. — A la suite de la prestation du serment, ou lorsque la partie qui l'avait déféré en a fait remise après l'acceptation de son offre, et l'a considéré comme prêté, le débat est tranché. On se trouve désormais en présence d'une convention que le préteur consacre.

Prêté par le demandeur, le serment lui donne l'action de *jurejurando*; prêté par le défendeur, il lui donne l'exception *jurisjurandi*. L'une et l'autre sont *in factum*, en ce sens que la seule question désormais soumise à la justice, dans le cas de contestation

ultérieure, sera de vérifier si le fait du serment a eu lieu (L. 9, D., *De jurejurando*, 12-2. — L. 8, C., *De rebus creditis*, 4-1).

L'autorité du serment n'embrasse ni plus ni moins que ce qui a été juré. Ainsi, quand je nie par serment votre droit de propriété sans me dire propriétaire, je n'ai que l'exception pour vous repousser, si je possède, et nulle action pour vous réclamer la possession, si je la perds. A l'inverse, quand je jure que vous détenez ma chose en gage de ma dette, j'ai bien l'action pour vous demander la restitution de l'objet engagé; mais je dois tout d'abord vous payer votre créance. Sous ce dernier aspect, on peut dire du serment qu'il est indivisible (L. 11; L. 13, §§ 2, 3, 4, 5, D., *De jurejurando*, 12-2) (1).

Dans ces limites, la force du serment est assimilée et même supérieure à l'autorité de la chose jugée : 1° elle lui est assimilée; car elle se restreint comme elle entre les parties; 2° elle lui est même supérieure; car, après un jugement, la nécessité de recommencer le procès résulte quelquefois d'une découverte de pièces décisives et de preuves péremptoires; au contraire, il est interdit de remettre en question ce qui a été tranché par un serment extrajudiciaire (L. 2; L. 13; L. 31, D., *De jurejurando*, 12-2; L. 1, pr., D., *Quando rerum actio*, 44-5).

Il y a même des cas où les jurisconsultes romains comparent avec raison le serment extrajudiciaire au paiement. C'est ainsi que, prêté par un *correus promittendi* ou déféré par un *correus stipulandi*, il profite ou nuit aux autres. De même, prêté par le débiteur principal, il libère le fidéjusseur; prêté par le fidéjusseur, non sur le fait de la fidéjussion, mais sur l'existence ou la validité de l'obligation, il libère le débiteur principal (L. 28, § 1, D., *De jurejurando*, 12-2. — Conf., C. C., art. 1365).

(1) L'action *de jurejurando* dérivant d'une convention de serment intervenue entre les parties est toujours personnelle, alors même que le serment porterait sur un droit réel. Si donc, je jure avoir la propriété de telle chose, je n'aurai jamais l'action *de jurejurando* que contre mon adversaire ou ses successeurs, mais je ne pourrai pas l'intenter contre les tiers (L. 9, § 7; L. 13, § 1, D., *De jurejurando*, 12-2).

CHAPITRE XVII.

ACTIONS MIXTES *TAM IN REM QUAM IN PERSONAM.*

(*Inst.*, L. IV, t. VI, § 20.)

Aux deux grandes classes d'actions, soit *in rem*, soit *in personam*, il en faut rattacher une troisième, qui est célèbre sous le nom d'actions mixtes, *tam in rem quam in personam*. Ces actions mixtes s'appellent également *divisoires*, à raison du but qu'elles poursuivent. Il y en a trois : *finium regundorum*, *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 20).

Caractère commun aux trois actions divisoires. — Envisagée dans sa nature intime, une action ne saurait être en même temps réelle et personnelle, car le demandeur à l'action personnelle soutient que le défendeur est son obligé, le demandeur à l'action réelle n'allègue aucune obligation du défendeur; or il est évident que ces deux prétentions s'excluent l'une l'autre. Ce n'est pas cependant qu'il ne puisse arriver qu'on soit à la fois créancier et propriétaire de la même chose; tel est en effet le cas du bailleur, du déposant, du commodant, du constituant dans le gage, etc. Mais on est alors investi de droits distincts et séparés, qui s'exercent par des actions également séparées et distinctes. A ce premier point de vue, les trois actions mixtes ou divisoires ne sont et ne doivent être que personnelles. Le demandeur y poursuit l'exécution d'une obligation née *quasi ex contractu*. La preuve en est que le droit réel de propriété ou d'hérédité, loin d'y faire l'objet du débat, s'y trouve nécessairement supposé. S'il était mis en question, les parties devraient vider cette contestation préalable par un *præjudicium* (*infra*, p. 423).

D'un autre côté, si l'on s'attache à la formule même des actions, il devient plus manifeste encore qu'une action ne saurait être à la fois *in rem* et *in personam*. Comment concevoir, en effet, une *intentio* qui contienne et ne contienne pas le nom du défendeur (*supra*, p. 368).

Dans quel sens est-il donc possible de considérer ces actions

comme mixtes? C'est ici l'un des problèmes les plus discutés du droit romain.

Parmi les nombreuses explications qu'on en a proposées, la plus satisfaisante, à notre avis, trouve le mot de l'énigme dans la rédaction particulière de la formule des trois actions divisoires. En effet, c'est à la conception impersonnelle ou personnelle de l'*intentio* que se réfèrent les dénominations *in rem, in personam*; la logique mène à penser que la dénomination d'actions *tam in rem quam in personam* doit avoir la même origine. Or, à la différence de toutes les actions en général, dont la formule n'a qu'une partie essentielle, les trois actions divisoires ont dans leur formule deux parties essentielles, l'*intentio* qui leur est commune avec les autres et l'*adjudicatio* qui leur est exclusivement propre. De plus, leur *intentio* est *in personam*, parce qu'elle énonce le nom du défendeur poursuivi; leur *adjudicatio* est *in rem*, parce qu'elle attribue au juge des pouvoirs absolument indépendants de la personne de l'un ou de l'autre des plaideurs. Dès lors, à n'examiner que la rédaction de la formule, qui est la cause superficielle de la classification, ces actions peuvent s'appeler *tam in rem quam in personam*. Ce nom leur fut donné dans le temps du système formulaire et s'est abusivement maintenu plus tard. Telle est la solution raisonnable de cette célèbre question.

Il ne serait pas étonnant d'ailleurs que les jurisconsultes du temps de Justinien eussent confondu la reconnaissance judiciaire du droit réel, résultant des actions *in rem*, avec l'attribution judiciaire du droit réel, résultant des trois actions divisoires. Cette ressemblance de fait aura jeté quelque nuage sur la nature incontestablement personnelle des actions *tam in rem quam in personam* (L. 37, § 1, D., *De oblig. et act.*, 44-7. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 20).

Action finium regundorum. — L'action *finium regundorum* ou action en bornage suppose deux fonds limitrophes et deux propriétaires différents, dont l'un veut mettre fin, soit à la confusion des limites, soit à l'usurpation d'une partie de son terrain. Cette action n'appartient régulièrement qu'au *dominus*; mais on la donne en qualité d'utile à l'usufruitier, à l'emphytéote, et au créancier gagiste. Le juge s'y fait assister d'*agrimensores* (L. 1; L. 4, §§ 9, 10, D., *Finium regundorum*, 10-1).

Perpétuelle jusqu'à Théodose, elle le reste même après ce prince

dans sa première application, c'est-à-dire pour arriver au bornage; car il serait absurde qu'un laps de temps écoulé contraignît deux voisins à demeurer dans une sorte d'indivision; les textes présentent toutefois une obscurité regrettable sur ce point. Elle est prescriptible par trente ans dans sa seconde application, quand elle tend au recouvrement de parcelles usurpées (L. 5; L. 6, C., *Finium regund.*, 3-39; L. 1, § 1, C., *De annali except.*, 7-40).

Le juge se contente parfois de mettre l'une des parties dans la nécessité de procéder à la limitation commune ou de restituer ce qu'elle a pris, sous peine de condamnation; à cet égard l'action est arbitraire (L. 4, §§ 3, 4; L. 7; L. 8, D., *Finium regund.*, 10-1) (1).

Mais il peut arriver qu'en déplaçant la ligne actuellement séparative des deux fonds, on trouve des bornes anciennes ou naturelles, ou qu'il soit facile d'en établir de nouvelles plus saillantes et plus fixes; alors intervient une attribution que n'ont pas nos juges modernes. Il y a lieu à l'*adjudicatio*, autrement dit, en vertu de la clause qui porte ce nom dans la formule de l'action divisoire, le juge confère directement à l'un des plaideurs la propriété d'une partie du fonds de l'autre; il estime le terrain ainsi adjugé, et condamne l'adjudicataire à payer une soulte en argent (L. 2, § 1; L. 3, D., *Finium regund.*, 10-1. — *Inst.*, L. IV, t. XVII, *De officio judicis*, § 6. — Conf., C. C., art. 646; C. Proc., art. 3, 38) (2).

Action en partage, familiæ erciscundæ, communi dividundo. — L'action en partage suppose que deux ou plusieurs personnes sont dans l'état d'indivision, et qu'une d'elles rencontre des résistances pour en sortir, ou tout au moins que les parties ne s'entendent pas, soit sur la composition des lots, soit sur les comptes respectifs dont elles sont tenues à l'occasion des choses communes.

Cette action s'appelle *communi dividundo*, lorsque l'indivision n'a pas sa source dans une vocation à la même hérédité; elle s'ap-

(1) L'auteur d'un déplacement frauduleux de bornes pouvait être poursuivi civilement par une action populaire, l'action *de termino moto*, ou criminellement par une *persecutio extra ordinem* (L. 2; L. 3, D., *De termino moto*, 47-21. — Conf., C. Pén., art. 389, 456).

(2) On voit par là que l'action *finium regundorum* n'aboutit pas nécessairement à un transfert de propriété comme les deux autres actions divisoires; ce n'est au contraire que très exceptionnellement que le *judex* a recours à l'adjudication. *Si finium regundorum actum fuerit dispicere debet judex an necessaria sit adjudicatio : quæ sane uno casu necessaria est...* (*Inst.*, L. IV, t. XVII, *De officio judicis*, § 6).

pelle *familiæ erciscundæ,* lorsque les copropriétaires sont en même temps des cohéritiers. Elle ne tend pas d'ailleurs à l'établissement de la qualité de propriétaire ou d'héritier; car elle en implique la reconnaissance préalable (L. 1, § 1; L. 51, § 1, D., *Famil. ercisc.*, 10-2).

L'action *familiæ erciscundæ* n'est admise qu'une seule fois entre les mêmes personnes, pour la même hérédité. Si quelques objets héréditaires y ont été omis, les cohéritiers doivent recourir à l'action *communi dividundo* pour le supplément de partage (L. 20, § 4, D., *Famil., ercisc.*, 10-2).

L'une ou l'autre des actions en partage produit deux catégories d'effets : 1° elle peut entraîner des condamnations réciproques ou prestations personnelles, dont la nature et le montant se déterminent d'après les règles précédemment assignées à l'indivision; 2° elle aboutit en outre à l'adjudication. Ce mode d'acquérir, réalisé par le juge en vertu de la mission que lui en donne la formule de l'action divisoire, correspond à l'*in jure cessio* qui est réalisée par le préteur en vertu de sa *jurisdictio*. L'*adjudicatio* confère au *judex* romain un pouvoir discrétionnaire, beaucoup plus large que celui que notre législation reconnaît au juge saisi de l'action en partage. Elle lui permet de composer et d'attribuer les lots comme bon lui semble, d'adjuger à chacun des communistes un objet entier ou une portion déterminée dans chacun des objets communs, d'établir des servitudes prédiales au profit de tel ou tel lot, de donner à l'un la nue-propriété, à l'autre l'usufruit, et dans le cas où la division serait impossible ou trop difficile, d'adjuger toute la chose à l'un des copartageants (L. 16, § 1; L. 22, §§ 1, 2; L. 52, § 2, D., *Famil. ercisc.*, 10-2. — *Inst.*, L. IV, t. XVII, *De officio judicis*, § 5. — Conf., C. C., art. 826, 827, 832).

Du reste, l'adjudication n'a jamais d'autre but ni d'autre résultat que de terminer l'indivision des choses corporelles. Quant aux éléments incorporels de la masse, c'est-à-dire aux créances et aux dettes (*nomina, æs alienum*), la loi des Douze-Tables les partage de plein droit entre les divers cohéritiers *pro parte hereditaria* (L. 2, § 5; L. 3, D., *Famil. ercisc.*, 10-2. — *Sic*, C. C., art. 873, 1220).

Le partage romain, comme on le sait déjà, n'est au fond qu'un échange; les propriétaires eussent pu l'accomplir par des mancipations ou des traditions, et c'est à raison de leur désaccord que

le juge le leur impose. L'effet attributif ou translatif en a été expliqué (L. 6, § 8, D., *Communi divid.*, 10-3. — *Contra*, C. C., art. 883. — *Voir* t. I, p. 343).

Observation générale. — L'adjudication dans les trois actions divisoires procure la propriété quiritaire des choses corporelles, tant *mancipi* que *nec mancipi*. Mais cette pleine acquisition exige que l'instance soit constitutive d'un *judicium legitimum;* sinon, l'adjudicataire aurait seulement la chose *in bonis* et devrait l'usucaper (L. 44, § 1, D., *Famil. ercisc.*, 10-2. — *Ulpien*, R., t. XIX, § 16. — F. V., § 47).

Sous la même réserve, l'adjudication sert à l'établissement de servitudes prédiales ou personnelles, au gré du juge. Par sa nature même, elle est toujours pure et simple, comme l'*in jure cessio* (F. V., § 49. — *Voir* t. I, p. 220, 229).

CHAPITRE XVIII.

ACTIONS PRÉJUDICIELLES.

(*Inst.*, L. IV, t. VI, § 13.)

Les *actiones præjudiciales* sont appelées aussi *præjudicia*, dans un sens étranger aux *præscriptiones* ou *præjudicia* qui jouent en tête des formules le rôle d'exceptions (*supra*, p. 347).

Les actions préjudicielles ou *præjudicia* sont proches parentes des actions réelles : *Præjudiciales actiones in rem esse videntur*, disent les Institutes. C'est qu'en effet, dans les unes et dans les autres, le demandeur n'allègue aucune obligation à la charge du défendeur, et l'*intentio* est conçue en termes impersonnels (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 13).

Cependant les actions préjudicielles se distinguent de toutes les autres par un caractère remarquable; leur formule est composée d'une *intentio* seulement, et ne contient ni *demonstratio* ni *condemnatio* (*Gaius*, IV, 44).

Dans le droit du Bas-Empire cette particularité a disparu, il est vrai, avec l'usage des formules; mais elle n'était que le signe extérieur d'une originalité de nature qui résiste aux changements de procédure. Les actions préjudicielles, au fond, tendent à la consta-

tation d'un fait ou d'une qualité, dont la décision préalable importe à la solution d'une autre question, qui fera plus tard l'objet d'un nouveau procès ou *judicium*.

Sur la foi de Justinien, on a cru longtemps que toutes les actions préjudicielles s'appliquaient à des questions d'état. Mais la découverte de Gaius a démontré le contraire, que faisaient d'ailleurs pressentir quelques textes (*Gaius*, III, 123; IV, 44. — *Paul*, S., L. V, t. IX, § 1. — L. 30, D., *De rebus auct. jud.*, 42-5).

Les *præjudicia* se divisent, en effet, en deux classes : les uns se réfèrent à des questions d'intérêt purement pécuniaire, il n'en est pas parlé aux Institutes; les autres se réfèrent à des questions d'état, ce sont les seuls dont s'occupe Justinien.

§ I.

Præjudicia relatifs à un intérêt pécuniaire.

Les actions préjudicielles se référant à un pur intérêt pécuniaire présentent peu d'importance juridique et sont du reste assez mal connues.

Entre autres exemples, on peut citer :

1° Le *præjudicium : an ex lege prædictum sit* par lequel les *sponsores* ou *fidepromissores* pouvaient établir dans les trente jours, que la *prædictio* exigée par la loi Cicereia n'avait pas eu lieu, ce qui entraînait leur libération (*Gaius*, III, 123; — *supra*, p. 90).

2° Le *præjudicium : an bona jure venierint*, aux termes duquel le débiteur qui avait subi la *bonorum venditio* alléguait l'irrégularité de la vente à laquelle on avait procédé contre lui (L. 30, D., *De rebus auct. judicis*, 42-5).

3° Le *præjudicium : an res de qua agitur major sit centum sestertiis;* les textes ne nous font connaître ni le but ni l'utilité de cette action préjudicielle (*Paul*, S., L. V, t. IX, § 1).

4° Le *præjudicium : quanta dos sit*, diverses explications ont été proposées sur l'utilité pratique de ce *præjudicium*. Il se réfère probablement à l'hypothèse suivante. Une personne constitue une dot, en promettant de la fixer plus tard, et se refuse ensuite à cette fixation. Par quelles actions le mari le demandera-t-il? Si la dot est exigible, il aura une *condictio incerti ex stipulatu;* si le terme n'est pas échu, il n'aura que le *præjudicium quanta dos sit*. Car,

sans réclamer d'ores et déjà un paiement qui ne lui est pas encore dû, il peut avoir intérêt à connaître le chiffre de la dot, notamment pour organiser une exploitation, ou simplement pour monter sa maison (*Gaius*, IV, 44. — L. 16; L. 22, D., *De religiosis*, 11-7. — L. 3, C., *De dotis promissione*, 5-11).

§ II.

Præjudicia relatifs à l'état des personnes.

Justinien nous signale trois *præjudicia* relatifs à des questions d'état : le *præjudicium de libertate*, le *præjudicium de libertinitate*, le *præjudicium de partu agnoscendo;* ils sont beaucoup plus importants que ceux de la première classe (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 13).

Præjudicium de libertate. — Le plus célèbre est le *præjudicium de libertate* encore appelé *causa liberalis* ou *liberale judicium;* il s'agit de démontrer judiciairement si telle personne est esclave ou libre. Cette question se présente dans deux hypothèses distinctes : 1° sur l'allégation qu'un tel est libre; c'est la *vindicatio in libertatem;* 2° sur l'allégation qu'un tel est esclave; c'est la *vindicatio in servitutem*, immortalisée par le procès de Virginie.

Procédure au temps des actions de la loi. — L'une et l'autre de ces réclamations se jugeaient dans la forme ordinaire des revendications de meubles: avec la *vindicatio*, la *contra-vindicatio*, la *manuum-consertio*, etc., etc. Le magistrat réglait ensuite la possession, *vindicias dicebat;* mais cette mesure n'avait ici d'autre portée que de déterminer le plaideur chargé de la preuve. Car la liberté de fait devait toujours appartenir, durant le procès, à l'individu dont l'état se trouvait en litige. Du reste, cette personne ne pouvait figurer comme partie dans l'instance; il fallait que sa cause fût soutenue par un citoyen qui se portait champion de la liberté, *assertor libertatis* et qui soutenait le procès à ses risques et périls (*Gaius*, IV, 14. — *Paul*, S., L. V, t. I, § 5. — L. 105, D., *De regulis juris*, 50-17) (1).

Système formulaire. — La *vindicatio in servitutem* continue à

(1) On a vu que dans les procès relatifs à la liberté, le *sacramentum* était toujours de 50 as (*Gaius*, IV, 14; — *supra*, p. 332).

n'être qu'une action ordinaire. C'est la *causa liberalis*, souvent classée parmi les *actiones in rem*. Elle se poursuit comme elles *per sponsionem* ou *per formulam petitoriam;* on la donne soit au maître, soit à toute personne investie sur l'esclave d'un droit réel quelconque (L. 8; L. 12, § 5, D., *De liberali causa*, 40-12).

Quant à la *vindicatio in libertatem*, elle a cessé d'être une *actio in rem* ordinaire, pour devenir une action préjudicielle sans *condemnatio*. On a conservé les anciens principes sur la nécessité d'un *assertor;* mais si l'intéressé ne veut pas se prêter au procès, l'action est néanmoins accessible à ses parents, à ses parentes, à son conjoint, même à son patron. La liberté provisoire est toujours de règle; le magistrat n'impose plus la preuve à son gré, et doit la subordonner à l'état de fait antérieur au procès. La sentence a toute la force de la chose jugée pour la personne déclarée libre, et son état ne pourra plus être contesté par le même adversaire; mais, au contraire, la personne déclarée esclave garde encore le droit de soulever le litige jusqu'à trois fois (L. 1-6; L. 7, § 5; L. 25, § 1, D., *De liberali causa*, 40-12. — L. 4; L. 14, L. 27, C., *De liberali causa*, 7-16).

Droit de Justinien. — A cette époque, l'intéressé a le droit de figurer au procès; la nécessité d'un *assertor libertatis* est supprimée et la personne dont la liberté est contestée, peut librement intenter l'action ou y défendre. Justinien décida également que la sentence intervenue en faveur de la liberté ou pour la servitude serait définitive et ne pourrait être infirmée que par la voie de l'appel. Si l'intéressé ne veut ou ne peut agir, ses parents prendront valablement sa place et agiront pour lui (L. 1, pr., C., *De assert. tol.*, 7-17).

Præjudicium de libertinitate. — On accorde également un *præjudicium* sur la question de savoir si telle personne est ingénue ou affranchie : *an libertus sit*. Hormis l'intervention d'un *assertor* qui est manifestement inutile, les grandes lignes de l'action précédente se retrouvent ici. La preuve est à la charge du demandeur soi-disant patron ou soi-disant ingénu. Mais si l'affranchi reconnaît sa qualité, et qu'il conteste seulement le patronat de tel individu déterminé, c'est à ce dernier que les textes imposent toujours la preuve (L. 14, D., *De probationibus*, 22-3; L. 6, D., *Si ingenuus esse dicet.*, 40-14) (1).

(1) On avait admis que la personne qui avait été en fait l'objet d'une *manumis-*

Il va sans dire que le jugement intervenu sur le *præjudicium de libertinitate* produit, entre les parties, tous les effets de la chose jugée; mais il n'en produit aucun à l'égard des tiers; pour eux, la sentence qui déclare tel individu ingénu est *res inter alios judicata* (L. 25, D., *De statu hominum,* 1-5; L. 1, D., *Si ingenuus esse dicet.*, 40-14).

Præjudicium de partu agnoscendo. — Cette action préjudicielle donne au juge la mission de rechercher si telle femme est accouchée, si elle a conçu en état de mariage, et si le mari est le père de l'enfant. Autorisée après le divorce par le sénatusconsulte Plancien, cette action le fut même *constante matrimonio* par un autre sénatusconsulte rendu sous Adrien (L. 8, § 16; L. 3, D., *De agnosc. et al. liber.*, 25-3).

Elle est ouverte également sur la question de paternité, soit à l'enfant contre le mari de sa mère, soit au mari contre l'enfant (L. 10, D., *De his qui sui*, 1-6. — Conf., C. C., art. 312, 326, 330) (1).

Observations générales. — De ces trois *præjudicia*, les deux premières intéressent l'ordre social et politique, étroitement mêlé à toute question de liberté et d'ingénuité. La troisième n'engage spécialement que l'intérêt privé.

Une règle qui leur paraît commune, c'est la nécessité d'un *justus contradictor*. En d'autres termes, pour rendre inattaquable la qualité qui doit résulter du *præjudicium*, il faut l'établir contre un contradicteur légitime. A cette condition, la sentence affirmative ou négative du juge dépasse en général les effets ordinaires et relatifs de la chose jugée; elle revêt en principe une valeur absolue et devient envers tous la vérité juridique : *placet ejus rei judicem jus facere*. Mais à défaut de cette circonstance, la sentence est nulle, *inefficax*. Et même, si le *justus contradictor* a mis de la complaisance dans la lutte, un sénatusconsulte du temps de Domitien per-

sio n'aurait que cinq ans pour intenter le *præjudicium de libertinitate* (L. 2, § 1; L. 4, D., *Si ingenuus esse dicet.*, 40-14).

(1) Le droit romain connaissait encore d'autres *præjudicia* relatifs à l'état des personnes, c'est ainsi que les textes mentionnent le *præjudicium de patria potestate* (L. 1, § 2, D., *De rei vind.*, 6-1) et le *præjudicium de matrimonio* (L. 3, § 4, D., *De agn. et alend. liberis*, 25-3). — Y avait-il aussi un *præjudicium de civitate* portant sur les contestations relatives à la qualité de citoyen? Ni Justinien ni Gaius n'en font mention; cependant l'analogie permet de croire qu'il en fut ainsi (Térence, *Eunuchus*, IV, 7).

met à toute personne de découvrir la fraude; un délai de cinq ans continus est accordé dans ce but (L. 3, D., *De agnosc. et al. liber.*, 25-3; L. 1; L. 2; L. 3, D., *De collus. deteg.*, 40-16).

C'est par le même délai de cinq ans que s'éteint la faculté d'attribuer à un défunt une condition moins avantageuse que l'état dont il jouissait avant sa mort. Encore, ne peut-on soulever ce débat qu'à titre de question préalable et nécessaire pour la solution d'une autre question principale. Mais le *quinquennium* n'exclut pas la réclamation d'une condition plus favorable au défunt (L. 1; L. 3; L. 4, § 1, D., *Ne de statu defunct.*, 40-15. — L. 13, C., *De liberali causa*, 7-16).

Il semble d'ailleurs résulter des textes que cette influence prohibitive du délai de cinq ans n'atteint pas les *præjudicia* d'intérêt purement privé, par exemple le *præjudicium de partu agnoscendo* (L. 5, C., *Ne de statu defunct.*, 7-21).

CHAPITRE XIX.

DEUXIÈME DIVISION DES ACTIONS.

ACTIONS *REI PERSECUTORIÆ*, *PŒNALES*, *MIXTÆ*.

(*Inst.*, L. IV, t. VI, §§ 16-19.)

La division générale des actions *in rem* et *in personam* se tire, avons-nous dit, de la nature du droit allégué par le demandeur, nature qui influe sur la rédaction de la formule. Une deuxième division des actions a trait à l'objet que poursuit le demandeur.

Notions générales et définitions. — Tantôt l'action a pour but de procurer au demandeur son bien ou l'équivalent sans appauvrir le défendeur : elle est alors qualifiée de *rei persecutoria*. Tantôt l'action a pour but d'infliger au défendeur une peine pécuniaire qui profite au demandeur; elle est dite alors *pœnalis* ou *pœnæ persecutoria* (1). Il existe enfin des cas où les deux résultats précédents sont atteints par une seule et même action, qui se donne *tam pœnæ*

(1) Il est à peine besoin de rappeler que les actions pénales, dont il s'agit ici, sont d'un ordre essentiellement privé; elles n'ont rien de commun avec les accusations publiques ou poursuites au criminel, *judicia publica* (*supra*, p. 242).

quam rei persequendæ causa, et qu'on appelle *mixta* pour ce motif. *Agimus interdum*, nous dit Gaius, *ut rem tantum consequamur, interdum ut pœnam tantum, alius ut rem et pœnam* (*Gaius*, IV, 6).

En conséquence, l'action est *rei persecutoria* au point de vue du demandeur; c'est celle qui tend à maintenir ou rétablir l'intégrité de son patrimoine.

L'action est *pœnalis* au point de vue du défendeur; c'est elle qui end à lui infliger une diminution de son patrimoine.

Or, il est possible qu'une seule et même action offre des éléments complexes, et soit à la fois *rei persecutoria* pour le demandeur et *pœnalis* pour le défendeur. Par exemple, dans l'application de la loi Aquilia, supposons que la chose détruite n'ait aucunement changé de valeur dans l'année ou dans les trente jours qui précèdent le délit, et que le délinquant ne commette pas d'*inficiatio*. Le demandeur n'obtiendra que l'estimation de la chose qu'il a perdue, c'est-à-dire l'équivalent de son bien; mais le défendeur subira une diminution de son patrimoine, puisqu'il devra payer la valeur d'un objet anéanti dont il ne profite pas. Dans cette hypothèse et toutes autres pareilles, l'action paraît donc empreinte de deux caractères; mais ils ne peuvent coexister, et l'un doit l'emporter sur l'autre; l'action est *pœnalis*.

De là vient une subdivision moderne, mais exacte. On distingue les actions *pénales bilatérales*, qui appauvrissent le défendeur en enrichissant le demandeur, et les actions *pénales unilatérales*, qui appauvrissent le défendeur sans enrichir le demandeur.

Intérêts pratiques de cette division. — Il faut signaler plusieurs intérêts pratiques de cette division.

1° *Transmissibilité.* — L'action pénale est transmissible *activement* au profit des héritiers de la personne qui a souffert du délit, si ce n'est au cas d'injure. Mais elle n'est pas transmissible *passivement* contre les héritiers du délinquant. Ils n'ont d'autre obligation que de restituer le bénéfice qui leur est advenu du délit, et sont passibles de ce chef d'une action *in factum*. On se rappelle d'ailleurs qu'un des effets de la *litis contestatio* est précisément d'attacher la transmissibilité et la perpétuité aux actions même pénales, *semel inclusæ judicio* (*Gaius*, IV, 112. — L. 17, § 1, D., *De dolo malo*, 4-3. — L. 1, C., *Ex delictis*, 4-17. — *Inst.*, L. IV, t. XII, *De perpetuis et temp.*, § 1).

Au contraire, l'action *persecutoria rei* est activement et passivement transmissible. Cette règle ne comporte que de rares exceptions : 1° les héritiers du *sponsor* ou du *fidepromissor* ne supportent pas la dette de leur auteur (*supra*, p. 89); 2° la plainte d'inofficiosité ne passe aux héritiers du descendant exhérédé que sous des réserves déterminées (*Voir* t. I, p. 315); 3° l'action *rei uxoriæ* ne passe pas aux héritiers de la femme tant que le mari n'a pas été mis en demeure (*Voir* t. I, p. 266).

2° *Solidarité.* — A la différence de l'action *persecutoria rei*, qui ne se donne qu'exceptionnellement *in solidum*, l'action pénale est toujours intentée pour le tout contre chacun des codélinquants. En règle à peu près générale, on peut même faire encore un pas de plus : si l'action est pénale bilatérale (comme l'action *furti*), le paiement émané d'un des codélinquants ne libère pas les autres, parce qu'ils doivent tous subir la peine. Si l'action est pénale unilatérale, le paiement émané d'un des codélinquants libère les autres (L. 17, pr., D., *De dolo malo*, 4-3. — L. 1, C., *De condict. furt.*, 4-8).

3° *Cumul d'actions.* — Les actions *pœnæ persecutoriæ* nées d'un même fait peuvent se cumuler entre elles, elles peuvent aussi se cumuler avec une action *rei persecutoria.* Au contraire, le cumul est interdit pour les différentes actions *rei persecutoriæ* pouvant dériver d'un même événement; le demandeur ne peut jamais obtenir qu'une seule fois la valeur de sa chose (*supra*, p. 252).

4° *Poursuite noxale.* — L'action pénale est susceptible de s'exercer *noxaliter* contre le possesseur de l'esclave qui a commis le délit. Ce côté original du droit romain fera plus loin l'objet d'explications particulières (*Inst.*, L. IV, t. VIII, *De noxal. act.*, pr.).

A ces divers point de vue, l'action mixte, pour ce qui excède la *rei persecutio*, est traitée comme une action pénale proprement dite.

Détermination des unes et des autres. — Quelles actions sont *rei persecutoriæ*, *pœnales* ou *mixtæ ?*

Actions rei persecutoriæ. — S'il fallait en croire Justinien, les actions *in rem* seraient toujours *rei* persécutoires. Cette règle est évidemment exacte en général; mais elle cesse de l'être dans quelques situations intéressantes, par exemple à l'égard du *fictus possessor* (*Gaius*, IV, 7. — L. 52, D., *De rei vind.*, 6-1. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 17; — *supra*, p. 371).

Quant aux actions *in personam*, celles qui sont nées d'un contrat

ou d'un quasi-contrat, sont presque toujours *rei persecutoriæ*. Cette règle s'applique notamment aux actions qui naissent du *mutuum*, de la stipulation, du commodat, du dépôt, du mandat, de la société, du louage; elle embrasse même l'action née d'une *stipulatio pœnæ;* car la peine conventionnelle n'est au fond qu'une appréciation faite par les contractants de l'intérêt qu'ils attachent à l'exécution d'une convention principale. Cependant il est des actions issues *ex contractu* ou *quasi ex contractu* qui peuvent croître au double *per inficiationem;* elles deviennent alors mixtes par cette augmentation. L'action née d'un dépôt nécessaire est également *tam rei quam pœnæ persecutoria* lorsqu'elle se donne contre le dépositaire ou contre l'héritier coupable de dol (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 17; — *infra*, p. 432).

Actions pœnæ persecutoriæ. — Les actions nées d'un délit ou d'un quasi-délit, *ex maleficiis proditæ actiones*, sont les unes pénales et les autres mixtes. Comme exemples d'actions pénales, il faut citer l'action *furti manifesti* ou *nec manifesti*, l'*actio injuriarum*, etc. (*Gaius*, IV, 8. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 18).

Actions tam rei quam pœnæ persecutoriæ. Au nombre des actions mixtes, il faut ranger les actions *vi bonorum raptorum* et *legis Aquiliæ*. Celle-ci l'est d'ailleurs dans un double sens; car la condamnation croît au double contre le défendeur qui a nié faussement, et, lors même qu'elle se maintient au simple, elle représente, non le dommage éprouvé, mais la plus haute valeur que la chose a eue dans l'année ou le mois. Elle est pénale unilatérale jusqu'à concurrence de l'indemnité, pénale bilatérale au delà. Sont encore mixtes toutes les actions qui tendent au double *adversus inficiantem* (*Gaius*, IV, 9. — *Inst.*, L. IV. t. VI, *De actionibus*, § 19).

Observation. — Le dol exige ici une remarque importante.

En général, le dol engendre une action pénale, l'action *de dolo malo;* c'est lorsqu'il se commet en dehors d'un contrat ou quasi-contrat préexistant. Cette action de dol constitue l'arme puissante et flexible qu'employèrent les préteurs, depuis les derniers temps de la République, pour atteindre, réprimer et réparer les actes déshonnêtes qui échappaient aux règles du droit proprement dit. Les héritiers n'en sauraient être passibles; la victime ne peut que les poursuivre *in factum* et *quatenus locupletiores facti sunt* (L. 17, § 1, D., *De dolo malo*, 4-3).

Mais, quand une personne tenue *ex contractu* ou *quasi ex con-*

tractu a commis un dol, on en tiendra ordinairement compte dans l'action *rei persecutoria* née du contrat ou quasi-contrat, et une telle action, quoique résultant d'un dol, n'aura pas les caractères d'une action pénale. Les héritiers sont alors responsables, non dans la mesure de leur profit, mais pour le tout. Les Institutes semblent les en exempter dans un texte maladroitement généralisé; elles veulent dire seulement que les héritiers n'ont pas à craindre la note d'infamie à raison du dol de leur auteur (L. 49, D., *De oblig. et act.*, 44-7; L. 157, § 2, D., *De regulis juris*, 50-17. — *Inst.*, L. IV, t. XII, *De perpetuis et temp.*, § 4).

CHAPITRE XX.

TROISIÈME DIVISION DES ACTIONS.

ACTIONS *IN SIMPLUM*, *IN DUPLUM*, ETC.

(*Inst.*, L. IV, t. VI, §§ 21-27.)

Une troisième division des actions, assez analogue à la précédente, se tire du rapport mathématique entre la demande et la condamnation; car les actions peuvent être au simple, au double, au triple ou au quadruple. *Omnes autem actiones vel in simplum conceptæ sunt vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum ; ulterius autem nulla actio extenditur* (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 21) (1).

Détermination du simple. — Quel est le terme originaire de cette progression? Quel est le *simplum* qui sert d'unité? D'après l'opinion vraisemblable et la plus répandue, la réponse doit se chercher dans la formule. On compare entre elles l'*intentio* et la *condemnatio*. Le *simplum* ou l'unité, c'est la valeur réclamée dans l'*intentio* par le demandeur. Si la *condemnatio* ordonne au juge de

(1) Le droit français ne connaît pas de classification analogue; chez nous, toutes les actions sont *au simple*. Toutefois, la loi du 10 vendémiaire an IV sur la responsabilité des communes et de leurs habitants, en cas de trouble ou de pillage, aujourd'hui abrogée par la loi municipale du 5 avril 1884, nous présentait autrefois un exemple curieux d'une action qui croissait au double par cela seul que le débiteur n'avait pas spontanément restitué en nature (L. 10 vend. an IV, t. V, art. 1).

reproduire cette valeur dans la sentence, l'action est au simple; il importe peu d'ailleurs que le chiffre demandé égale ou dépasse l'indemnité véritablement due. L'action est au double, au triple, au quadruple, lorsque la *condemnatio* attribue au juge la mission de doubler, tripler ou quadrupler la valeur inscrite dans l'*intentio*.

I. — **Actions in simplum.** — Les actions de cette catégorie sont de beaucoup les plus nombreuses. Ainsi, d'abord les actions *rei persecutoriæ*, sans être les seules données *in simplum*, le sont toutes. Il n'en faut pas même excepter l'action *ex stipulatu duplæ*; car l'acheteur a stipulé pour le cas d'éviction le double du prix, et c'est ce double qui est réclamé dans l'*intentio* et reproduit dans la *condemnatio*.

Plusieurs actions pénales sont également au simple; ainsi l'action d'injure, et toutes celles où la somme de la condamnation est *certa* (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 22).

II. — **Actions in duplum.** — Il y en a deux espèces. Les unes sont toujours au double par leur nature même, *omnimodo*; telles sont les actions *furti nec manifesti*, *de tigno juncto*, *servi corrupti*, etc. (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 23).

Les autres, données d'abord au simple, croissent au double quand le défendeur est condamné après sa dénégation. Ce sont les actions *judicati*, *depensi*, l'action de la loi Aquilia, la *condictio ex testamento*, et l'action de dépôt *ex quibusdam causis*, c'est-à-dire en cas de dépôt nécessaire (*Inst.*, L. III, t. XXVI, *De oblig. quasi ex contr.*, § 7; L. IV, t. VI, *De actionibus*, §§ 23, 26).

La *condictio ex testamento* ne croissait au double *per inficiationem*, dans le droit antérieur, qu'en vertu d'un legs *per damnationem*. Depuis que Justinien a mis tous les legs sur la même ligne, cette pénalité pouvait leur devenir générale; l'empereur en a fait néanmoins le privilège des legs adressés aux églises *vel cæteris venerabilibus locis*, couvents, hospices, maisons de refuge, etc. Il n'est plus même nécessaire que le débiteur conteste la disposition; il suffit que son refus de payer oblige à l'appeler en justice (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 26).

III. — **Actions in triplum.** — L'ancien droit ne connaissait guère que deux actions au triple, dont la désuétude a déjà été constatée, les actions *furti oblati* et *furti concepti*. Il n'en resterait plus aucun exemple, si Justinien n'en avait créé une troisième, tout exprès peut-être pour conserver la symétrie de la classification. Elle se

donne contre le demandeur qui fait porter sur l'exploit d'assignation (*libellus conventionis*) une valeur supérieure à ce qui lui est réellement dû, dans le dessein d'élever le salaire proportionnel (*sportularum nomine*) que le défendeur est obligé de payer à l'huissier (*viator*). Le triple du préjudice est poursuivi par une *condictio ex lege* (L. 2, § 2, C., *De plus petit.*, 3-10. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 24).

IV. — **Actions in quadruplum.** — Il faut renouveler ici la remarque présentée pour les actions au double.

En effet, il y a des actions qui s'élèvent au quadruple par la dénégation du défendeur : telle est l'action arbitraire *quod metus causa* (*infra*, p. 439). D'autres sont au quadruple dès le principe : telles sont l'action pénale *furti manifesti*, l'action mixte *vi bonorum raptorum*, et l'action mixte qui s'intente contre l'huissier coupable d'avoir exigé des honoraires, ou plutôt des épices, au delà du tarif fixé par Justinien (L. 4, C., *De sportulis*, 3-2. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, §§ 25, 27).

CHAPITRE XXI.

QUATRIÈME DIVISION DES ACTIONS.



ACTIONS ARBITRAIRES, *STRICTI JURIS* ET *BONÆ FIDEI*.

(*Inst.*, L. IV, t. VI, §§ 28-31.)

Une quatrième division des actions, essentielle à bien entendre, les divise en actions arbitraires, *bonæ fidei* et *stricti juris*. Cette division se tire probablement de la nature et de l'étendue des pouvoirs que la formule donne au juge. Les effets en ont été conservés à peu près intégralement dans le droit de Justinien, malgré la suppression du régime formulaire.

PREMIÈRE SECTION.

ACTIONS ARBITRAIRES.

(*Inst.*, L. IV, t. VI, § 31.)

Le système des formules, avec sa condamnation toujours pécuniaire, s'adaptait mal aux réclamations des droits réels, propriété ou autres droits *in rem*. La procédure *per sponsionem* en palliait les inconvénients, puisque la *sponsio* n'était que préjudicielle et comminatoire dans les actions réelles, et n'aboutissait à la sentence en argent qu'envers le défendeur qui ne s'exécutait pas de son gré. Les actions arbitraires ont le même rôle correctif dans la procédure *per formulam petitoriam* (*Gaius*, IV, 48).

L'action arbitraire est celle qui permet au défendeur, alors même que l'*intentio* du demandeur est vérifiée, d'obtenir encore son absolution en donnant à son adversaire les satisfactions déterminées par le juge.

§ I.

Forme et caractère de l'action arbitraire.

L'action devient arbitraire par l'insertion d'une clause spéciale insérée dans la formule, habituellement à la fin de l'*intentio*, quelquefois dans la *condemnatio*. Cette clause est presque toujours conçue dans les termes suivants : *nisi restituat*, *non exhibeat*, *nisi solvat*, *nisi ex noxali causa servum dedat* (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 31) (1).

Grâce à cette modification introduite dans la formule la condamnation du défendeur qui, dans les actions ordinaires, n'est soumise qu'à une seule condition, *si paret*, devient dès lors doublement conditionnelle; car le juge ne pourra condamner le défendeur que s'il refuse de donner satisfaction au demandeur.

Cette clause confère en effet au *judex* le pouvoir particulier de

(1) Cicéron nous a conservé une formule d'action arbitraire : *Si paret fundum Capenatem de quo agitur, ex jure quiritium Auli Agerii esse, neque is fundus Aulo Agerio restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemna; si non paret absolve* (Cicéron, *In Verrem*, II, 12).

rendre un interlocutoire préalable qui fixe, impérativement ou sous la forme d'une simple faculté, la satisfaction à fournir par le défendeur, s'il veut échapper à la condamnation. Cet interlocutoire s'appelle *arbitrium;* c'est en ce sens que nos actions sont dites *ex arbitrio pendentes* ou *arbitrariæ* (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 31).

Dans la procédure extraordinaire, bien qu'il n'y ait plus aucune rédaction de formule, ce caractère essentiel de l'action arbitraire n'a pas disparu, et le juge y rend toujours un *arbitrium* avant la sentence.

§ II.

Effets de l'action arbitraire.

Officium judicis. — C'est d'après la bonne foi et l'équité que le juge règle son *arbitrium;* par conséquent, lorsqu'un délai paraît nécessaire pour exécuter la satisfaction, il est maître de l'accorder avec ou sans caution. Il n'y a d'ailleurs que cette partie de l'action qu'il puisse trancher *ex æquo et bono.* Car, quoi qu'on ait pu dire, l'action arbitraire n'est pas, de sa nature, une action *bonæ fidei*, et le juge n'y reçoit pas la mission générale de réprimer le dol. Ce qui le prouve notamment, c'est que l'exception *doli mali* n'y est pas sous-entendue (L. 3, § 13, D., *Ad exhibendum*, 10-4. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 31 *in fine;* t. XVII, *De officio judicis*, § 3).

Satisfaction ordonnée par le juge. — Quelle doit être la satisfaction enjointe par le juge dans les différentes actions arbitraires? Au témoignage de Justinien, le *judex* peut ordonner au défendeur *ut restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat.* Cette énumération n'est pas limitative; mais elle comprend cependant les principaux exemples de la matière. Nous retrouverons plus loin le quatrième exemple dans l'exposé des actions noxales. Quant aux satisfactions qui consistent à *restituere vel exhibere,* elles ne soulèvent pas de difficultés et se présentent dans les actions en revendication, en pétition d'hérédité, *ad exhibendum,* etc. C'est enfin sur l'action hypothécaire que le juge ordonne au défendeur de restituer ou de payer la dette, *solvere,* s'il ne veut être condamné à la valeur de la chose. Il va sans dire que le défendeur doit faire une restitution complète et exempte de fraude, il doit même, ainsi que nous l'avons vu, *cavere de dolo.*

Exécution forcée de l'arbitrium. — Quelle autorité coercitive s'attache à l'*arbitrium?* Peut-être n'en eut-il d'autre, à l'origine, que la menace indirecte de la condamnation. Mais de bonne heure on distingua deux hypothèses. Tantôt, l'obéissance reste facultative pour le défendeur, réserve faite de la sentence qui punira son refus d'obéir, tantôt, au contraire, l'*arbitrium* est exécuté *manu militari*, c'est-à-dire par la force publique dont dispose le magistrat. Dans cette dernière hypothèse, l'*arbitrium* reçoit aussi le nom spécial de *jussus*.

On a déjà précisé l'exacte portée de la *manus militaris* en cette matière, et déterminé rigoureusement les cas où l'emploi en est permis (*supra*, p. 373).

La grande utilité des actions arbitraires, ce fut précisément la possibilité qu'elle procurait, au demandeur titulaire d'un droit de propriété ou d'un droit réel quelconque, de récupérer l'objet même de sa réclamation. Pour les partisans de l'opinion qui ne croit pas à l'application de la *manus militaris* dans le droit classique, un *prædo* reste donc maître, après l'expiration des interdits possessoires, de garder la terre ou la chose qu'il a prise contre le gré du propriétaire. On objecte que sa résistance sera châtiée par une peine pécuniaire très forte; mais s'il est insolvable, que deviendra la sentence? Faudra-t-il vendre l'objet réclamé pour indemniser le réclamant? De pareils résultats ne supportent pas l'examen. Le droit romain serait indigné de sa renommée, si l'on y rencontrait de telles lacunes dans la procédure, et tout porte à croire qu'il les a comblées (L. 68, D., *De rei vind.*, 6-1) (1).

Condamnation pécuniaire. — Mais la condamnation pécuniaire devient inévitable, lorsque le *jussus* reste inexécuté par la faute ou l'opiniâtreté du défendeur, et que l'emploi de la *manus militaris* est impossible ou n'est pas requis par le demandeur. La condamnation est toujours *incerta* dans la formule (*quanti ea res erit*); le juge en fixe donc le montant, parfois d'après sa propre appréciation, le plus souvent d'après le *juramentum in litem* du demandeur (L. 46; L. 47; L. 71, D., *De rei vind.*, 6-1; — *supra*, p. 374).

(1) Un point incontestable, c'est que, dans le dernier état du droit romain, les actions arbitraires ont perdu leur principale raison d'être, puisque la sentence porte désormais sur la chose demandée (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 32). On a dû assimiler dès lors l'ancien *arbitrium de restituendo vel de exhibendo* à une condamnation proprement dite en lui assurant force exécutoire.



§ III.

Détermination des actions qui sont arbitraires.

Toutes les actions *in rem*, tant civiles que prétoriennes, sont arbitraires lorsqu'elles s'intentent par la formule pétitoire. L'*arbitrium* y a toujours pour objet principal la restitution de la chose litigieuse, excepté dans l'action hypothécaire, qui laisse au défendeur l'alternative de payer ou de restituer, s'il ne veut être condamné (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 31).

Parmi les actions *in personam*, on en trouve qui sont arbitraires. La nature des actions de droit strict y répugne. Mais il paraît certain que l'*arbitrium* et la *bona fides* ne s'excluent pas réciproquement; en d'autres termes, une action peut être tout ensemble arbitraire et de bonne foi. La question s'élève notamment à l'occasion des actions de bonne foi qui poursuivent une restitution, telles que les actions directes de commodat, de dépôt et de gage. Or, aucun obstacle théorique n'empêche le magistrat de les rendre arbitraires, par l'insertion de la clause *nisi restituat*. Car de deux choses l'une; ou le défendeur exécute l'*arbitrium*, et de même qu'il y trouve l'avantage d'éviter une condamnation, de même le demandeur y gagne d'obtenir la chose elle-même, au lieu d'une indemnité pécuniaire; ou le défendeur refuse d'exécuter l'*arbitrium*; ce refus constitue alors un dol, et le *juramentum in litem* devient une peine d'autant plus acceptable que le récalcitrant pouvait s'y dérober. Ce raisonnement est d'ailleurs confirmé par les textes qui admettent le *juramentum in litem* dans les actions de bonne foi (*Gaius*, IV, 47. — L. 9, D., *De præscriptis verbis*, 19-5; L. 7, § 1, D., *De fundo dotali*, 23-5. — L. 4, C., *De rerum permutatione*, 4-64; — *supra*, p. 415).



Justinien signale quatre exemples d'actions *in personam* arbitraires; ce sont les actions *de eo quod certo loco*, *ad exhibendum*, *quod metus causa* et *de dolo*. La première sera mieux comprise ailleurs (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 31; — *infra*, p. 466).

Action ad exhibendum. — L'action *ad exhibendum* qui nous est à peu près connue, appartient à quiconque justifie d'un intérêt pécuniaire à l'exhibition d'une chose. On l'intente ordinai-

rement pour faciliter la revendication, quelquefois pour ouvrir la voie à d'autres actions réelles ou personnelles, telles que l'action hypothécaire, l'action noxale, etc. (L. 1; L. 3, § 3; L. 13, D., *Ad exhibendum*, 10-4).

Cette action se donne contre toute personne que la possession ou la simple détention met à même d'exhiber. Par exception, on y soumet aussi celui qui s'est mis, par son dol, dans l'impossibilité d'exhiber. Dans cette hypothèse, on a vu que l'action *ad exhibendum* est considérée comme plus rigoureuse que la *condictio*, à cause du *juramentum in litem* qu'elle comporte (*Inst.*, L. II, t. VIII, *Quibus alienare licet*, § 2. — *Voir* t. I, p. 237).

D'ailleurs, la simple représentation de la chose ne constitue pas toujours une exhibition suffisante. Car il peut arriver que la résistance du défendeur, prolongée durant le procès, ait dépouillé le demandeur d'un avantage ou droit quelconque, notamment de l'action qu'il se proposait d'intenter après l'exhibition; c'est ainsi que l'usucapion consommée *inter moras litis* lui enlèverait la possibilité de revendiquer. Alors, pour exécuter l'*arbitrium* et s'épargner une condamnation, le défendeur doit exhiber avec la chose elle-même, ce qu'on appelle *rei causa*. Autrement dit, il a le devoir de replacer le demandeur dans la position où l'aurait mis une exhibition immédiate, c'est-à-dire de lui tenir compte des fruits perçus durant le litige, et d'admettre que la revendication produise rétroactivement l'effet qu'elle aurait eu avant l'usucapion, etc. (L. 9, §§ 5, 6, 7, 8, 9; L. 10; L. 11, D., *Ad exhibendum*, 10-4. — *Inst.*, L. IV, t. XVII, *De officio judicis*, § 3).

Actions quod metus causa et de dolo. — Il y a dol (*dolus malus*) dans tous les cas où des ruses, supercheries et machinations ont été pratiquées par une personne envers une autre pour la tromper et l'amener à conclure un acte juridique nuisible ou même simplement désavantageux (L. 1, § 2, D., *De dolo malo*, 4-3. — Conf., C. C., art. 1116).

Il y a violence (*metus, vis*), dans tous les cas où quelque acte juridique, soit d'aliénation, soit d'obligation ou de libération, est consenti sous l'empire de la crainte. On tient compte uniquement de la crainte que peut inspirer aux moins timides une violence illicite et sérieuse, telle que la menace d'un mal présent et grave, sans distinguer si l'on tremble pour soi-même ou pour les siens, pour sa personne ou pour ses biens. Au fond, la *vis* ou *metus* constitue une

simple question de fait (L. 3, § 1; L. 4; L. 5; L. 6, D., *Quod metus causa*, 4-2. — Conf., C. C., art. 1111-1115).

Le droit civil ne daignait prendre en considération ni le dol ni la violence; il laissait la victime souffrir de sa faiblesse ou de sa simplicité. Pourvu que la volonté fût revêtue des formes consacrées, le législateur du droit primitif la considérait comme efficace, abstraction faite des circonstances qui l'avaient déterminée; *deceptus aut coactus voluit, sed voluit*, telle était sa maxime. L'équité supérieure et la jurisprudence épurée du préteur ne pouvaient séparer ainsi les effets et la cause; il intervint par divers moyens, dont les principaux sont des actions *de dolo* et *quod metus causa*. Le tableau comparatif en est intéressant.

Nature et effets des actions quod metus causa et de dolo. — L'une et l'autre sont également arbitraires, personnelles, et contiennent *rei persecutionem*.

L'action *de dolo* reste au simple. En revanche elle est infamante; aussi n'est-elle accordée qu'après enquête, pour un intérêt non modique, et comme ressource extrême, à ceux qui ne peuvent se pourvoir ou se garantir par aucune autre action (L. 1, pr., §§ 1, 4; L. 9, § 5; L. 10; L. 11, D., *De dolo malo*, 4-3).

L'action *quod metus causa* n'est pas infamante. Mais elle tend au quadruple, et les Institutes la qualifient justement de mixte (L. 14, § 1, D., *Quod metus causa*, 4-2. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, §§ 25-27).

Quelle est l'unité qui fera l'objet de la condamnation dans l'action *de dolo*, et qui sera quadruplée dans l'action *quod metus*, faute par le défendeur de restituer? La restitution s'entend de diverses manières. Restituer, lorsqu'il s'agit d'une aliénation de choses corporelles, c'est retransférer la propriété au demandeur avec tous les produits qu'il aurait pu en retirer; c'est aussi garantir que la chose n'a pas été détériorée par le dol du défendeur; en un mot, c'est rendre *rem cum omni causa* et donner la caution *de dolo*. Lorsqu'il s'agit d'une obligation contractée, c'est indemniser le demandeur, soit en lui remettant la dette, soit de toute autre façon. Lorsqu'il s'agit d'une libération obtenue, c'est de payer ou s'obliger de nouveau, en remplaçant par des sûretés équivalentes les garanties de la première obligation. Restituer en général, c'est donc réparer tout le préjudice causé par le dol ou la violence. Voilà l'unité qui est accordée *in simplum* dans l'action *de dolo*, *in quadruplum*

dans l'action *quod metus*, si le défendeur n'obéit pas à l'*arbitrium* du juge (L. 9, §§ 5, 7; L. 10; L. 11; L. 14, § 6, D., *Quod metus causa*, 4-2).

Personnes qui peuvent intenter les actions de dolo et quod metus. — Les deux actions *doli* et *quod metus causa* passent aux héritiers et autres successeurs universels de la victime du dol ou de la violence; car on sait que toute action, même exclusivement pénale, est transmissible au point de vue actif (*Inst.*, L. IV, t. XII, *De perpetuis et temp.*, § 1).

Personnes qui sont passibles des actions doli mali et quod metus. — Mais à l'égard des personnes qui en sont passibles, il faut signaler entre ces deux actions une différence remarquable. L'action *de dolo* se donne seulement contre l'auteur du dol, non contre les tiers; ainsi, quand Titius devient de bonne foi créancier de Seius par l'effet du dol de Mœvius, Seius ne peut exercer l'action qu'à l'encontre de Mœvius, sans pouvoir rien réclamer à Titius. Contre les héritiers de l'auteur du dol, elle est non infamante et ne s'intente que jusqu'à concurrence de leur enrichissement (L. 15, § 3; L. 18, pr., D., *De dolo malo*, 4-3. — *Sic*, C. C., art. 1116).

Au contraire, l'action *quod metus* est donnée contre l'auteur de la violence, et contre toute personne même innocente qui en a profité. Par exemple, un créancier fait acceptilation au fidéjusseur, sous la pression de ses menaces; le débiteur principal est libéré du même coup; mais le créancier est libre de poursuivre à son choix par l'action *quod metus* le fidéjusseur ou le débiteur principal. Il ne faut pas s'étonner que le tiers étranger à la violence encoure ainsi une condamnation au quadruple; car ne cesse-t-il pas d'être irréprochable et ne devient-il pas en quelque sorte complice de la *vis*, du moment qu'il méprise l'*arbitrium* du juge et veut profiter de l'acte illicite d'autrui? A raison de cette généralité, la formule de l'action *quod metus* ne portait pas dans l'*intentio* le nom du défendeur; elle était rédigée en termes impersonnels. De là vient que les textes sans méconnaître sa nature d'action de créance, l'appellent *in rem scripta* (L. 14, § 3, D., *Quod metus*, 4-2. — *Sic*, C. C., art. 1111) (1).

Comment expliquer cette différence entre l'action *de dolo* et l'ac-

(1) A l'inverse, la formule de l'action *de dolo* était toujours rédigée *in personam*.

tion *quod metus?* Ulpien la justifie par la raison que *metus in se habet ignorantiam*. Ces paroles concises signifient sans doute que la victime, dans le trouble de la violence et de la crainte, peut en ignorer l'auteur, et qu'il faut dès lors lui reconnaître la faculté de réclamer son bien entre quelques mains qu'il se trouve. Il vaut peut-être mieux faire remarquer que la violence est un vice plus grave que le dol et qui altère le consentement d'une manière plus profonde; d'ailleurs la victime de la violence n'a rien à se reprocher, tandis que la victime du dol avec moins d'imprudence aurait probablement échappé à la fraude ourdie contre elle (L. 14, § 3, D., *Quod metus causa*, 4-2).

Ces deux actions perdent toutes leurs conséquences rigoureuses après l'année. L'action *de dolo* est restreinte alors contre l'auteur du dol aux conséquences qu'elle aurait contre ses héritiers; en d'autres termes, elle n'entraîne plus l'infamie, se réduit à la mesure de l'enrichissement, et devient à proprement dire *in factum*. L'action *quod metus* n'est plus accordée qu'au simple, *causa cognita*, c'est-à-dire en l'absence de tout autre moyen de recours. Ainsi atténuées, ces deux actions sont désormais perpétuelles (L. 14, § 1, D., *Quod metus*, 4-2; L. 26; L. 27; L. 28, D., *De dolo malo*, 4-3).

Exceptiones doli mali et quod metus; restitutiones in integrum. — Outre les deux actions précédentes, le dol et la violence ouvrent encore d'autres voies de droit : des exceptions et des *restitutiones in integrum*.

Exceptiones. — L'emploi des actions suppose une *res perfecta*, c'est-à-dire un dommage consommé. Or, il peut arriver que la *res* soit *imperfecta*, par exemple que l'obligation contractée sous l'empire du dol ou de la violence n'ait pas encore reçu son exécution, que la vente extorquée ou imposée n'ait pas encore été suivie de tradition, etc. Dans ces hypothèses, si le créancier veut se prévaloir du strict droit civil, sa poursuite sera repoussée par l'exception *quod metus* ou *doli mali* (L. 9, § 3, D., *Quod metus*, 4-2; L. 2, D., *De dolo malo*, 4-3).

Ces exceptions sont perpétuelles; elles se donnent pour les mêmes causes que les actions de même nom, et la même différence capitale les sépare. Le préteur, s'il accorde l'exception *doli mali*, en subordonne l'effet à la preuve d'un dol du demandeur. Au contraire, par l'exception *quod metus*, il charge le juge de vérifier s'il y a eu violence quel qu'en soit l'auteur. La première est

donc *in personam*, la seconde est *in rem* (*Gaius*, IV, 119. — *Inst.*, L. IV, t. XIII, *De exceptionibus*, § 1).

Du reste, quand le défendeur peut établir que le demandeur est en fait l'auteur de la violence, l'exception *doli* remplace sans inconvénients l'exception *quod metus*. Car la violence implique nécessairement le dol (*Inst.*, L. IV, t. XIII, *De except.*, § 1).

Restitutiones in integrum. — Il est enfin des cas où ni l'action ni l'exception ne suffisent à désintéresser la victime de la violence ou du dol. On recourt alors à la ressource extrême des *restitutiones in integrum*, dont la théorie viendra plus loin (L. 1, D., *De in integr. restit.*, 4-1).

DEUXIÈME SECTION.

ACTIONS DE DROIT STRICT ET DE BONNE FOI.

(*Inst.*, L. IV, t. VI, §§ 28, 29, 30.)

§ I.

Notions générales.

La division des actions en *judicia bonæ fidei*, et en *judicia stricti juris*, n'est pas une classification générale applicable à toutes les actions ; elle n'embrasse en effet que les actions personnelles et civiles (*in personam et conceptæ in jus*) (1).

Il faut donc exclure de cette division :

1° Les actions réelles, *actiones in rem* (L. 5, pr., D., *De in litem jurej.*, 12-3) ;

2° Les actions *conceptæ in factum*, issues de la juridiction prétorienne.

Cependant l'esprit général du droit honoraire et les exemples fournis par les textes autorisent à penser que les actions *in factum* étaient presque toujours traitées comme des actions de bonne foi, et que le juge y statuait *ex æquo et bono*, malgré l'absence de ces mots dans la formule. Il y en avait néanmoins dont la formule pré-

(1) En droit français, toutes les actions sont de bonne foi (Conf., C. C., art. 1134 ; — *supra*, p. 17).

cisait à l'avance le chiffre de la condamnation : telles étaient les *actiones pœnales* du préteur. On vient aussi d'en étudier deux qui sont arbitraires, *quod metus* et *de dolo* (*Gaius*, IV, 47).

3° Les *cognitiones extra ordinem;* le magistrat les jugeait en personne, et ne pouvait se lier lui-même par une formule.

Faut-il encore, parmi les *actiones in personam* et *in jus*, éliminer celles qu'engendrent les délits, et restreindre finalement notre subdivision aux actions personnelles et civiles qui proviennent *ex contractu* ou *quasi ex contractu?* C'est là une controverse encore pendante, et nous devrons bientôt y prendre parti (*infra*, p. 446).

Ce qui est d'ailleurs incontestable, c'est que les efforts constants des jurisconsultes et des préteurs tendirent à fondre toutes les actions dans ces deux classes, en faisant prédominer de plus en plus le caractère de bonne foi. Cette tendance est allée jusqu'à transformer les *judicia stricti juris* en *judicia bonæ fidei* par la simple addition du mot *recte* dans le contrat verbal de droit strict : *recte enim verbum pro viri boni arbitrio est.* Le droit impérial proclame enfin le principe que l'équité doit l'emporter sur la *ratio juris* (L. 73, D., *De verb. sign.*, 50-16. — L. 8, C., *De judiciis*, 3-1).

§ II.

Intérêts pratiques de cette subdivision.

Les différences sont nombreuses et graves entre les actions de bonne foi et les actions de droit strict.

Différences de forme. — La formule de l'action *stricti juris* ne contient aucune expression de nature à conférer au juge des pouvoirs particuliers. La formule de l'action *bonæ fidei* renferme, au contraire, des mots qui chargent le *judex* de statuer d'après l'équité, par exemple, *ex fide bona*, *ex æquo et bono*, *æquius melius*, etc. Il prend alors le nom spécial d'*arbiter* (*Gaius*, IV, 47, 63).

Différences au fond. — 1° Comme on le sait, le débiteur tenu d'une action de bonne foi répond même de sa faute *in omittendo;* au contraire, le débiteur tenu d'une action de droit strict peut ne répondre que de sa faute *in committendo* (L. 23, D., *De regulis juris*, 50-17; — *supra*, p. 238).

2° Les pactes adjoints soit *in continenti*, soit *ex intervallo* produisent des effets tout différents suivant que le contrat auquel ils

viennent se rattacher sont des contrats de droit strict ou des contrats de bonne foi (L. 7, §§ 4, 5, D., *De pactis*, 2-14; — *supra*, p. 211).

3° Dans les actions de bonne foi, le juge prend en considération le simple intérêt d'affection; *placuit in bonæ fidei judiciis affectus rationem habendam*. Dans les *judicia stricti juris*, il ne peut tenir compte que d'un intérêt pécuniaire (L. 54, pr., D., *Mandati*, 17-1).

4° Le juge d'une action de droit strict ne peut dépasser la lettre du contrat, sous peine de *litem suam facere*. Le juge d'une action de bonne foi a la faculté, en dehors des conventions formellement exprimées, de suppléer *ea quæ sunt moris et consuetudinis* (L. 31, § 20, D., *De ædilitio edicto*, 21-1. — Conf., C. C., art. 1135, 1156, 1160).

5° Pour un motif identique, le juge d'un *judicium bonæ fidei* reste maître d'accorder au demandeur plus qu'il n'est compris dans sa demande, c'est-à-dire les fruits et intérêts; on alla jusqu'à décider, en thèse générale, que les intérêts d'une dette de bonne foi seraient dus à compter de la mise en demeure même avant la poursuite, *non tam ex obligatione quam ex officio judicis*; ce sont les intérêts qualifiés de moratoires. Dans un *judicium stricti juris*, le créancier n'a droit aux fruits et intérêts qu'à partir de la *litis contestatio* (L. 54, pr., D., *Locati*, 19-2; L. 35; L. 38, § 2, D., *De usuris*, 22-1).

6° Quand il s'agit d'une action de bonne foi, le juge peut, suivant les circonstances, prendre des mesures en vue de l'avenir et notamment ordonner au défendeur de fournir au demandeur des garanties afin d'assurer le paiement d'une dette non échue. Mais il ne jouit pas d'un pouvoir pareil si l'action est *stricti juris* (L. 38, pr., D., *Pro socio*, 17-2).

7° L'exception *doli mali* est sous-entendue dans les *judicia bonæ fidei*; car le dol choque directement la bonne foi. Aussi le juge, en vertu de sa mission générale et sans autre mission spéciale du préteur, doit-il tenir compte du préjudice causé par l'un des plaideurs à l'autre. La fraude positive ou négative, une réticence contraire à l'équité, un silence déshonnête peuvent entrer suivant les cas, dans l'appréciation du juge et motiver l'augmentation ou l'adoucissement de la condamnation. Aucune convention des parties ne saurait enlever au juge ce pouvoir d'atteindre le dol sous toutes ses formes. En conséquence, toutes les exceptions fondées sur l'équité

comme l'*exceptio doli*, se trouvent également sous-entendues dans les actions de bonne foi (L. 21, D., *Soluto matr.*, 24-3).

Dans les *judicia stricti juris*, il en est autrement; le juge n'a pas à se préoccuper de la bonne ou de la mauvaise foi des parties, s'il n'en reçoit la mission spéciale du préteur, au moyen de l'exception de dol, ou de toute autre exception analogue, formellement exprimée dans la formule (L. 7, § 3, D., *De dolo malo*, 4-3).

8° La *plus petitio* n'est jamais possible dans les actions de bonne foi; elle peut au contraire se produire dans les actions de droit strict dont l'*intentio* est *certa* (*Gaius*, IV, 54. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 33).

9° Le juge saisi d'une action de bonne foi a toujours pu tenir compte des dettes ou créances réciproques existant entre les parties. Dans les actions de droit strict, il n'en fut pas de même; car la compensation n'y devint possible que depuis Marc-Aurèle et encore fallait-il que le défendeur eût fait insérer l'exception *doli mali* dans la formule (L. 10, D., *De compensat.*, 16-2. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 30).

§ III.

Actions de droit strict.

L'action de droit strict, en l'absence de l'*exceptio doli* ou de toute autre exception équivalente, impose au juge le devoir, si l'*intentio* est fondée *jure civili*, de condamner le défendeur à payer la somme fixée dans cette *intentio* ou l'estimation exacte du litige, sans avoir souci de considérations étrangères à la pure loi civile.

Détermination des actions de droit strict. — Dans la sphère des actions personnelles et civiles, les *judicia stricti juris* formaient sans doute la règle générale. Car les textes, en parlant des actions de bonne foi, procèdent toujours par énumération.

Sont de droit strict : 1° les actions qui appartenaient, sous le système des *legis actiones*, au domaine de la *condictio;* ce sont celles qui ont pour objet la poursuite d'une obligation civile et unilatérale de transférer en propriété une somme d'argent ou toute autre chose déterminée (*dare certam pecuniam* ou *certam rem*); la formule en est *certa;* 2° parmi les actions dérivées de l'ancienne *judicis-postulatio*, celles qui ont pour objet la poursuite d'une obligation civile

et unilatérale de transférer la propriété d'une chose indéterminée ou d'accomplir un fait (*dare vel facere aliquid incertum*); la formule en est *incerta*.

Controverse. — L'action de droit strict a donc pour caractère inévitable de sanctionner une obligation civile et unilatérale. Or, les obligations de cette espèce naissent le plus souvent de certains contrats et quasi-contrats, qui sont le *mutuum*, la *stipulatio* et l'*expensilatio*, ou de certains délits, qui sont le *furtum*, le *damnum Aquiliæ* et l'*injuria*. Dans l'opinion de plusieurs auteurs, à laquelle nous croyons devoir nous rallier, toutes les actions issues de ces événements juridiques seraient de droit strict. Il faut reconnaître que cette doctrine a la vraisemblance pour elle; car les rigueurs de la procédure *stricti juris* paraissent naturellement applicables aux faits délictueux (L. 9, § 1, D., *De rebus creditis*, 12-1).

D'autres interprètes pensent au contraire, que les actions de droit strict dérivent toujours *ex contractu* ou *quasi ex contractu*, ce qui revient à les confondre avec les *condictiones*. L'intérêt pratique de cette controverse est d'ailleurs imperceptible; car il reste certain qu'en fait les actions *furti* et *legis Aquiliæ* ainsi que les actions nées *ex delicto* ou *quasi ex delicto* étaient jugées comme actions de droit strict.

Condictiones. — Quant à la *condictio*, comme le dit Cicéron, elle découle en principe de l'un des trois actes suivants, *stipulatio*, *expensilatio*, *datio* (Cicéron, *Pro Roscio*, 4, 5).

Il n'y a rien à dire de la stipulation et de l'expensilation, qui nous sont assez connues. La *datio* est un terme plus large, qui comprend le *mutuum*, la *solutio indebiti*, les hypothèses où la translation d'un droit manque de cause, et les cas où la *condictio* tient lieu de la revendication, parce que l'objet de cette dernière a péri, et que la valeur en doit néanmoins être rendue : telles sont les *condictiones sine causa*, *ob rem dati*, *furtiva*, *ob turpem causam*, etc. Reste seule en dehors de la règle la *condictio ex lege*, dont on a rencontré plusieurs applications dans la législation impériale, et qui ne suppose pas une *res stipulata*, *expansilata* ni *data*; mais on peut l'expliquer par le désir qu'eurent les empereurs d'attacher à de nouveaux rapports obligatoires les effets d'une action ancienne et classique (L. 1, D., *De condictione ex lege*, 13-2).

Les *condictiones* se divisent en deux classes : 1° la *condictio certi*. qui se décompose en *condictio certæ pecuniæ* et *condictio de alia*

certa re; ce sont les plus anciennes ; elles rendent possible la *plus petitio ;* 2° la *condictio incerti.* La différence vient entre elles de la rédaction de l'*intentio,* qui porte une valeur déterminée dans les deux premières, indéterminée dans la troisième.

D'autres fois la *condictio certæ pecuniæ* s'oppose seule à la *condictio de alia certa re* et à la *condictio incerti,* qui se confondent alors sous la dénomination de *condictio triticaria.* C'est que la *condictio* d'une somme d'argent fut organisée tout d'abord ; on l'étendit ensuite à d'autres choses fongibles, par exemple aux dettes de froment (*triticum*). Mais une fois le nom de *condictio triticaria* admis à l'occasion d'une *condictio* nouvelle, on finit par l'employer aussi pour toutes les *condictiones* postérieures, même *incerti* (L. 1, pr., § 1, D., *De condict. triticaria,* 13-3).

§ IV.

Actions de bonne foi.

L'action est de bonne foi, quand le juge peut statuer librement suivant l'équité et d'après les circonstances du procès en tenant compte des réclamations connexes du défendeur.

Détermination des actions de bonne foi. — Sont de bonne foi celles des actions attribuées au domaine de la vieille *judicis-postulatio* qui ne sont pas devenues *stricti juris.* Elles ont pour objet la poursuite d'obligations civiles, synallagmatiques au moins imparfaites, et nécessairement indéterminées. La formule en est, *incerta* tout au moins dans l'immense majorité des cas. On sait qu'elle se caractérise par l'adjonction de certains mots techniques, *ex æquo et bono, ex bona fide, æquius melius.* Ces actions sont dues sans aucun doute à l'envahissement progressif du droit des gens sur le droit pur de Rome ; aussi, leur nombre est-il toujours allé en s'augmentant.

Les textes procèdent ici par énumération. Il nous est parvenu trois listes des actions de bonne foi : la première est de Cicéron, la deuxième de Gaius, la troisième et la plus complète de Justinien (Cicéron, *De officiis,* III, 15. — *Gaius,* IV, 62. — *Inst.,* L. IV, t. VI, *De actionibus,* § 28).

En laissant de côté l'action *fiduciæ,* qui n'existe plus au temps des Institutes, les *judicia bonæ fidei* sont les actions : *tutelæ, pro*

socio, mandati, empti-venditi, locati-conducti, depositi, commodati, negotiorum-gestorum, familiæ-erciscundæ, communi-dividundo, pigneratia, præscriptis verbis, rei uxoriæ (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, §§ 28, 29) (1).

Toutes ces actions nous sont déjà connues; la source et les effets en ont été suffisamment expliqués à propos des contrats ou quasi-contrats qui leur donnent naissance.

Nature de l'action præscriptis verbis. — On a bien essayé de contester à l'action *præscriptis verbis* la plupart de ses caractères principaux. Mais si l'on approfondit la nature des contrats innommés qui la produisent, aucun doute ne peut subsister; elle est éminemment contractuelle, *directa*, personnelle, civile, *persecutoria rei, in simplum*, perpétuelle et toujours de bonne foi. Cette dernière qualité résulte notamment, ainsi qu'on l'a vu, du caractère essentiellement synallagmatique des contrats innommés et de plusieurs textes péremptoires (L. 2, § 2, D., *De precario*, 43-26. — *Paul*, S., L. V, t. VI, § 10; — *supra*, p. 220).

CHAPITRE XXII.

CINQUIÈME DIVISION DES ACTIONS.

ACTIONS PERPÉTUELLES ET TEMPORAIRES.

(*Inst.*, L. IV, t. XII.)

Pour apprécier la durée des actions sous le système formulaire, il fallait distinguer : 1° l'action organisée par le magistrat, c'est-à-dire l'instance engagée; 2° l'action à mettre en exercice, c'est-à-dire le droit d'agir.

§ I.

Durée de l'instance.

Lorsque l'action a été conduite jusqu'à la délivrance de la formule, elle devient un droit acquis, c'est-à-dire perpétuel et transmissible activement ou passivement. Ce double résultat tient aux

(1) Justinien mentionne parmi les *judicia bonæ fidei* la pétition d'hérédité, qui est une action réelle. Cette erreur de rédaction a été déjà relevée (*supra*, p. 380).

effets déjà signalés de la *litis contestatio* : *omnes actiones quæ tempore vel morte pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent* (L. 139, D., *De regulis juris*, 50-17. — *Inst.*, L. IV, t. XII, *De perpetuis et temp. act.*, § 1, *in fine*; — *supra*, p. 352).

Cependant la loi Julia *judiciaria* voulut mettre un terme à la durée des instances judiciaires. Elle les partagea en deux classes : en *judicia legitima* et en *judicia imperio continentia* (*Gaius*, IV, 103-105).

1° *Judicia legitima.* — Ce sont les instances engagées à Rome ou dans le premier mille de Rome, entre citoyens romains et devant l'*unus judex* qui est nécessairement citoyen. Elles doivent être jugées dans les dix-huit mois; passé ce délai, elles expirent.

2° *Judicia imperio continentia.* — Ce sont les instances qui manquent de l'une des trois conditions précitées. Elles ne survivent pas aux pouvoirs du magistrat qui a délivré la formule. Or, comme les magistratures romaines sont annales pour la plupart, ces instance ont une durée maximum d'un an; mais, elles peuvent s'éteindre quelquefois plus tôt (*Gaius*, IV, 104, 105).

Cette division embrasse toutes les actions tant prétoriennes que civiles; ainsi les premières peuvent constituer des *judicia legitima*, et les secondes des *judicia imperio continentia* (*Gaius*, IV, 109).

Mais elle est difficilement explicable. On a bien dit que les anciens Romains attachaient au sol de Rome et du *milliarium* environnant une sorte d'influence solennelle et sacrée qui se reflétait sur les actes juridiques dont il était le théâtre. Malheureusement cette explication est toute dans les mots et se borne à déplacer le problème, sans le résoudre. La distinction des *judicia legitima* et des *judicia imperio continentia*, toute mystérieuse qu'elle est, tient néanmoins une place importante dans la législation classique. Elle a déjà produit des conséquences intéressantes à propos de la *litis contestatio* et de l'*adjudicatio*; on en retrouvera encore l'effet dans la théorie de l'exception *rei judicatæ*.

Supposons une instance éteinte (*judicium expiravit*), faute d'une sentence rendue dans le délai prescrit. Le défendeur n'a plus, il est vrai, à craindre de poursuites; mais est-il complètement libéré? On admet généralement qu'il reste tenu d'une obligation naturelle; cette doctrine a l'équité pour elle, et semble résulter de quelques textes (L. 30, § 1, D., *Ad leg. Aquil.*, 9-2; L. 8, § 1, D., *Ratam rem haberi*, 46-8; — *supra*, p. 7).

Les règles sur la péremption d'instance furent modifiées par Justinien; il décida que toutes les instances civiles périmeraient désormais au bout de trois ans : *ne lites fiant pene immortales, et vitæ hominum modum excedant, censemus omnes lites non ultra trienii metas post litem contestatem esse protrahendas* (L. 13, pr., § 1, C., *De judiciis*, 3-1. — Conf., C. Proc., art. 397) (1).

§ II.

Durée de l'action.

Quand il s'agit de déterminer la durée de l'action proprement dite, c'est-à-dire du droit d'agir, il faut distinguer deux périodes : la législation antérieure au Bas-Empire et la législation postérieure à Théodose.

Législation antérieure au Bas-Empire. — Les jurisconsultes distinguaient les actions *perpétuelles* et les actions *temporaires*. Les premières avaient une durée illimitée. Les secondes ne duraient ordinairement qu'une année utile; on ne leur appliquait pas d'ailleurs le même mode de calcul qu'à l'usucapion, et le délai n'expirait que le lendemain du dernier jour (L. 14, § 2, D., *Quod metus*, 4-2; L. 6, D., *De oblig. et act.*, 44-7).

Les actions *civiles*, c'est-à-dire consacrées par une source du droit civil, loi, sénatusconsulte, constitution ou coutume, étaient généralement perpétuelles. Les actions *prétoriennes* étaient le plus souvent annales (*Gaius*, IV, 110. — *Inst.*, L. IV, t. XII, *De perpetuis*, pr.).

Il y avait toutefois des exceptions dans les deux sens. Ainsi l'action donnée contre les *sponsores* et les *fidepromissores* s'éteignait par deux ans, quoique civile : la *querela inofficiosi testamenti* était limitée à cinq ans, l'action d'injure durait un an, etc. A l'inverse, l'action *furti manifesti*, et les actions accordées au *bonorum possessores* et autres personnes que le magistrat mettait *heredis loco*, étaient perpétuelles, quoique prétoriennes; étaient également perpétuelles : la Publicienne, l'action hypothécaire et en général les actions *rei persecutoriæ* (*Gaius*, IV, 111. — *Inst.*, L. IV, t. XII, *De perpetuis*, pr.).

(1) L'empereur excepte cependant de la règle nouvelle certaines instances relatives au fisc, *quæ ad jus fiscale pertinent* (L. 13, § 1, C., *De judiciis*, 3-1).

Peut-on établir à cet égard une règle théorique et motivée? Laissons de côté les explications insuffisantes, et même puériles, que les Institutes proposent de la difficulté (*Inst.*, L. IV, t. XII, *De perpetuis*, pr.).

On doit reconnaître deux grandes classes d'actions prétoriennes. Les unes sont données conformément au droit civil, pour en imiter les règles ou pour en combler les lacunes, *imitantur jus legitimum*, ce sont la plupart des actions persécutoires et quelques actions pénales; elles sont perpétuelles. Les autres sont données contrairement au droit civil, *contra jus civile dantur;* ce sont la plupart des actions pénales et quelques actions rescisoires; elles sont annales. Car, puisque le préteur voulait en borner la durée, il devait obéir naturellement à cette considération, que l'édit lui-même ne durait qu'un an (*Gaius*, IV, 111. — L. 35, pr., D., *De oblig. et act.*, 44-7).

Législation du Bas-Empire; prescription de trente ans. — Par une célèbre constitution de Théodose de Jeune, rendue en l'année 424 de notre ère, les actions autrefois perpétuelles furent en principe limitées à trente ans (L. 3, C., *De præscrip. trigent.*, 7-39. — Conf., C. C., art. 2262).

L'empereur Anastase réduisit à quarante ans certaines actions perpétuelles que n'avait pas atteintes la décision précédente, et qui étaient probablement les actions en réclamation d'état. Justin appliqua spécialement le même délai à l'action hypothécaire, dirigée contre le débiteur. Les églises et lieux saints en jouirent aussi pour leurs actions en revendication, prolongées auparavant jusqu'à cent ans (L. 4; L. 5; L. 6; L. 7, C., *De præscrip. trigent.*, 7-39. — Novelle 131, ch. 61. — *Voir* t. I, p. 194).

En résumé, le Bas-Empire soumit à la prescription extinctive de trente ou quarante ans les actions autrefois perpétuelles. Les motifs de cette innovation mémorable furent le désir de diminuer les procès, le besoin d'assurer la stabilité des droits, et la volonté de punir les créanciers ou propriétaires négligents (L. 2; L. 3, C., *De annali except.*, 7-40).

Le délai courait, en principe, du jour de la naissance de l'action, et la bonne foi n'était pas exigée de la personne qui prescrivait (L. 3, § 1; L. 7, § 4; L. 8, § 1, C., *De præscrip. trigent.*, 7-39).

Suspension, interruption. — Pour ces longues prescriptions, on comptait par jours continus. Il fallut admettre aussi la possibilité d'une suspension ou d'une interruption.

Est suspendue la prescription dont le cours s'arrête momentanément, sans que le temps écoulé soit perdu. Entre autres causes, la suspension résultait de la minorité du titulaire de l'action, du délai imparti à l'héritier pour faire inventaire et délibérer, etc. (L. 22, § 11, C., *De jure deliberandi*, 6-30. — Conf., C. C., art. 2251-2259).

Est interrompue la prescription dont le cours s'arrête définitivement, sans qu'on puisse désormais se prévaloir du temps écoulé. Par exemple l'interruption résultait : 1° de l'exercice de l'action, et cet effet se produit à partir de la remise du *libellus conventionis*; 2° de la reconnaissance du débiteur; 3° si le débiteur était absent, d'une protestation adressée à des magistrats déterminés, ou dressée par un *tabularius*, ou signée par trois témoins honorables (L. 2; L. 3, C., *De annali except.*, 7-40. — Conf., C. C., art. 2244-2250).

Effets de la prescription. — La prescription extinctive n'opère pas de plein droit; le défendeur doit l'opposer, et le juge n'est pas admis à la suppléer d'office, tout au moins d'après l'opinion générale. Elle a pour résultat d'anéantir l'action; seulement, dans le cas où l'action était personnelle, on peut soutenir qu'il subsiste une obligation naturelle (L. 2, C., *De luitione pign.*, 8-31. — Conf., C. C., art. 2223; — *supra*, p. 8).

Dans le cas où l'action était réelle, le droit réel persiste contre toutes personnes autres que le défendeur qui a prescrit, ou ses successeurs universels et particuliers (L. 8, § 1, C., *De præscript. trigent.*, 7-39).

Comme on le voit, au temps des Institutes, les actions dites perpétuelles ne sont plus que des actions de trente ou quarante ans, inexactement désignées sous leur ancien nom.

CHAPITRE XXIII.

ACTIONS *ADJECTITIÆ QUALITATIS* ET NOXALES.

(*Inst.*, L. IV, t. VII, VIII, IX.)

Dans la famille romaine, le père profite des acquisitions faites par les esclaves ou les enfants soumis à sa puissance; mais il n'est

pas tenu de leurs dettes. Car les personnes *alieni juris* sont pour le chef de famille une source d'avantages, non d'appauvrissement.

Cependant ce principe reçut deux restrictions créées, l'une par le droit civil, l'autre par le droit prétorien.

Dès les temps les plus reculés, le droit civil lui-même donna contre le *paterfamilias* les actions *noxales*, à raison des obligations nées du délit ou du quasi-délit de l'individu *in potestate*.

Quant aux obligations contractuelles du fils ou de l'esclave, le progrès fut plus lent à prévaloir. Mais, comme l'irresponsabilité du *pater* éliminait des relations d'affaires, les esclaves et les enfants de famille, c'est-à-dire une grande partie de la population, le droit prétorien en vint à donner contre le chef de famille les actions *adjectitiæ qualitatis*, à raison des obligations nées du contrat ou du quasi-contrat de l'individu *in potestate*.

Ces deux catégories d'actions furent donc une œuvre commune de réaction contre un principe gênant.

Elles exigent une remarque essentielle : c'est qu'elles n'ont pas une existence propre, et ne constituent pas des actions *sui generis* et indépendantes de celles qui nous sont déjà connues. On n'y doit voir, en réalité, que les actions *in personam* ordinaires du droit civil ou du droit prétorien, *venditi*, *locati*, *condictio*, *furti*, *quod metus*, etc., intentées d'après des règles distinctes, et moulées sur des besoins spéciaux. On appelle donc les unes *adjectitiæ qualitatis*, parce que leur formule contient des qualifications ou *qualitates* qui en font connaître l'origine et la raison d'être (*quod jussu*, *de peculio*, etc.), les autres noxales, parce qu'elles sont données *noxaliter* (pour suivre la *noxa*, c'est-à-dire l'auteur du délit, *corpus quod nocuit*).

PREMIÈRE SECTION.

ACTIONS *ADJECTITIÆ QUALITATIS.*

(*Inst.*, L. IV, t. VII.)

La personne *alieni juris* peut s'obliger par un contrat ou quasi-contrat, de manière à produire une action *rei persecutoria*. Le préteur suit alors des règles différentes, suivant que le père a plus ou moins participé à la dette.

§ I.

Dettes contractées par ordre du chef de famille.

L'ordre de s'obliger, donné par le père ou le maître, est tantôt spécial, tantôt général.

Action quod jussu. — Si l'ordre est spécial, l'action se donne contre le chef de famille avec la qualification *quod jussu.* Alors, comme le tiers a dû suivre la foi du chef de famille, le préteur lui donne une action *in solidum*, pour la totalité de l'engagement contracté par le fils ou par l'esclave (*Inst.*, L. IV, t. VII, *Quod cum eo*, § 1).

Il importe peu que le *pater* ait connu l'engagement par avance, ou qu'il l'ait ratifié après coup; car la ratification équivaut au mandat (L. 1, § 6, D., *Quod jussu*, 15-4; L. 60, D., *De reg. juris*, 50-17).

Actions exercitoria et institoria. — Quand l'ordre est compris implicitement dans une mission générale, l'action qui en résulte contre le *paterfamilias* se nomme parfois *exercitoria*, parfois *institoria*.

Action exercitoria. — Elle s'appelle *exercitoria*, lorsqu'elle se donne contre un armateur (*exercitor navis*), à raison des engagements que son fils ou son esclave, préposé au navire (*magister navis*), a contractés avec les tiers, dans le cercle de ses attributions (*Inst.*, L. IV, t. VII, *Quod cum eo*, § 2).

Action institoria. — L'action prend le nom d'*actio institoria*, lorsqu'elle se donne contre un chef de famille qui a préposé son fils ou son esclave (*institor*) à un commerce quelconque, pour tous les engagements dérivés de ce négoce (*Inst.*, L. IV, t. VIII, *Quod cum eo*, § 2).

Ces deux actions reposent sur le même fondement et présentent, en général, les mêmes caractères; on doit cependant relever entre elles quelques différences. 1° L'action *exercitoria* tire son nom du préposant (*exercitor navis*); l'action *institoria* tire, au contraire, le sien du préposé (*institor*). 2° Quiconque a traité avec un tiers que s'est substitué le *magister navis*, peut intenter l'action exercitoire contre l'*exercitor*; au contraire, l'action institoire suppose qu'on a traité avec l'*institor* en personne. 3° Si l'*exercitor* est en

puissance, quiconque a traité avec son *magister navis* peut agir contre son père ou son maître, au contraire, le tiers qui traite avec un *institor* ne peut jamais poursuivre que le préposant en personne (L. 1, §§ 5, 19, 20, D., *De exercitoria actione*, 14-1).

L'action exercitoire est donc plus souple que l'action institoire; c'est que la nature même du commerce maritime exigeait une plus grande liberté d'action que le commerce ordinaire.

Observation commune. — Poursuivi par l'une de ces trois actions, le père était tenu de toute la dette, *in solidum;* car le tiers, en contractant avec le fils ou l'esclave sur l'ordre explicite ou implicite du chef de famille, était censé *jure prætorio* contracter avec le *paterfamilias* lui-même. Puisque la condamnation portait *in solidum*, il est probable que les clauses *quod jussu, exercitoria, institoria,* trouvaient place dans les premières parties de la formule, la *demonstratio* ou l'*intentio;* par exemple : *quod jussu Numerii Negidii, Aulus Agerius vendiderit, quidquid paret*, etc. (1).

§ II.

Dettes contractées sans ordre du chef de famille.

Si le fils ou l'esclave contracte une obligation sans l'ordre spécial ou général ni la ratification postérieure du chef de famille, celui-ci n'est pas obligé pour le tout, mais seulement jusqu'à concurrence de certaines valeurs qu'il s'agit de déterminer. Cette question se rattache à la théorie du pécule profectice, dont l'administration a été confiée par le chef de famille à l'individu *alieni juris* (2).

Action tributoria. — Supposons d'abord qu'au su du chef de famille, *sciente domino,* le fils ou l'esclave fasse un commerce pour son propre compte, à l'aide du pécule profectice.

La portion de ce pécule affectée au commerce est grevée du paiement des dettes que l'individu *alieni juris* a contractées dans son

(1) On a vu que le préteur et, après lui, les jurisconsultes, appliquèrent les actions *institoria* et *exercitoria* aux rapports du mandant et des tiers qui avaient traité avec le mandataire (*supra*, p. 205).

(2) Le fils peut avoir en propriété d'autres pécules qui nous sont connus, *castrense, quasi-castrense, adventitium*. Mais il est à leur égard un véritable *paterfamilias*, et supporte toutes les conséquences profitables ou nuisibles de ses actes (L. 11, D., *De pecul. castr.*, 49-17. — *Voir* t. I, p. 240).

négoce avec des étrangers, ou dont il peut se trouver tenu naturellement envers son maître pour une cause quelconque. La distribution des valeurs ou marchandises doit se faire au marc le franc entre le maître et les tiers créanciers. Le chef de famille lui-même est chargé de cette répartition; mais il ne jouit d'aucun privilège, et la distribution, en cas d'insuffisance, se fait au prorata des créances. Or, s'il y a dol de la part du chef de famille, le créancier qui se prétend lésé réclame au *paterfamilias* ce qui lui manque par l'action dite *tributoria* (*Inst.*, L. IV, t. VII, *Quod cum eo*, § 3).

Actions de peculio et de in rem verso. — Supposons maintenant que l'individu *in potestate* ait contracté avec les tiers relativement au pécule, mais à l'insu ou contre le gré du chef de famille.

Les créanciers ne sont alors admis à poursuivre le chef de famille que jusqu'à concurrence du pécule, *de peculio*, ou de ce qui a tourné à son profit, *de in rem verso*. D'après Gaius, ces deux clauses sont insérées à la fois dans la formule; autrement dit, la condamnation prononcée contre le père pourra égaler, mais non dépasser, la valeur de ce que lui a rapporté l'acte de son fils ou de son esclave, ajoutée à la valeur du pécule; le tout est évalué dans la même action, *una actio*, *duæ condemnationes*. Dans la doctrine plus simple de Paul et d'Ulpien, le profit du maître le constitue débiteur envers l'esclave, et cette dette grossit d'autant le pécule; par suite, en ag ssant seulement *de peculio*, on agit du même coup et virtuellement *de in rem verso*. Ces deux conceptions théoriques aboutissaient, en général, au même résultat pratique (*Gaius*, IV, 73. — L. 3, § 1; L. 19, D., *De in rem verso*, 15-3. — *Inst.*, L. IV, t. VII, *Quod cum eo*, § 4).

Le maître poursuivi *de peculio*, qui a payé au-delà du pécule, n'est pas admis à répéter. Les créanciers gardent le droit de renouveler la poursuite contre le maître jusqu'à parfait paiement tant qu'il entrera quelque valeur dans le pécule (L. 11, D., *De cond. indeb.*, 12-6; L. 30, § 4, D., *De peculio*, 15-1).

Observation commune. — A la différence des trois premières actions *adjectitiæ qualitatis*, les trois dernières (*tributoria*, *de peculio*, *de in rem verso*), comme on vient de le voir, ne s'intentent pas contre le maître pour le tout, mais seulement dans certaines limites. De là résulte que les clauses *tributoria*, *de peculio*, *de in rem verso*, au lieu de se trouver dans la *demonstratio* ou l'*intentio*,

avaient leur place dans la *condemnatio*, par exemple : *si paret... Numerium Negidium Aulo Agerio de in rem verso condemna.*

§ III.

Comparaison des actions adjectitiæ qualitatis.

Les six actions *adjectitiæ qualitatis* se partagent en deux groupes de trois actions, bien distincts par leur cause originaire et par leurs effets juridiques.

D'une part, les actions *quod jussu, exercitoria* et *institoria* supposent que le chef de famille a consenti aux engagements contractés par l'individu *in potestate* et entraînent la condamnation *in solidum*. D'autre part, les actions *tributoria, de peculio* et *de in rem verso* supposent au contraire que le fils ou l'esclave a contracté sans l'ordre exprès ou tacite du maître et ne produisent qu'une condamnation partielle limitée à certaines valeurs.

Il est à noter d'ailleurs que l'action exercitoire ou institoire ne saurait concourir avec l'action tributoire. Car le *magister navis* ou l'*institor* fait le commerce pour le compte de son maître et comme préposé; au contraire, l'action tributoire suppose un individu *alieni juris* qui fait le commerce au su du chef de famille, mais pour son propre compte (L. 11, § 7, D., *De institoria actione*, 14-3).

La même personne qui est investie de l'action *quod jussu, exercitoria* ou *institoria*, peut exercer l'action *de peculio*, s'il y a un pécule; mais cette dernière voie est moins sûre pour elle. De même, quiconque a l'action tributoire doit avoir à plus forte raison l'action *de peculio*; la supériorité de l'un de ces moyens sur l'autre dépend alors des circonstances. L'action *de peculio* atteint tout le pécule, mais laisse au maître la faculté de prélever ce qui lui est dû naturellement, par préférence à tout autre créancier; de plus, le créancier qui engage la *litis contestatio* le premier est préféré à tous les autres. L'action tributoire ne frappe que la portion du pécule affectée au commerce; mais le maître n'y jouit d'aucune prérogative; enfin tous les créanciers sont payés proportionnellement et au marc le franc (*Gaius*, IV, 74. — L. 5, § 19, D., *De tribut. act.*, 14-4; L. 9, § 2; L. 10, D., *De peculio*, 15-1. — *Inst.*, L. IV, t. VII, *Quod cum eo*, § 5).

§ IV.

Différences entre le fils et l'esclave.

Les règles relatives aux actions *adjectitiæ qualitatis* sont indifféremment applicables aux engagements du fils de famille et de l'esclave (*Inst.*, L. IV, t. VII, *Quod cum eo*, § 6).

Il faut néanmoins signaler entre la *filiusfamilias* et le *servus* quelques dissemblances, dérivées d'une première différence capitale qui nous est depuis longtemps connue. En effet, le fils de famille s'oblige civilement lui-même, tant par ses contrats ou quasi-contrats que par ses délits ou quasi-délits. Au contraire, l'esclave est incapable de s'obliger civilement par un contrat ou quasi-contrat (*supra*, p. 28).

De là dérivent plusieurs conséquences.

1° Le tiers contractant peut à son choix poursuivre le père ou le fils, à raison d'un engagement du *filius*. Mais il ne peut les poursuivre successivement l'un et l'autre (L. 1, § 24, D., *De exercit. actione*, 14-1).

2° Si le fils de famille est condamné en justice, l'action *judicati*, qui résulte de la condamnation, comme toute autre action *quasi ex contractu*, est susceptible de s'intenter *de peculio* contre le père; le maître ne peut jamais être passible d'une action pareille du chef de l'esclave qui ne peut pas encourir de condamnation (L. 3, § 11, D., *De peculio*, 15-1).

3° Tandis que l'*intercessio* de l'esclave n'oblige aucunement le maître, l'*intercessio* du fils de famille oblige au moins le père *de peculio* (L. 3, §§ 5, 6, 9, D., *De peculio*, 15-1; — *supra*, p. 83).

4° Le fils mineur de vingt-cinq ans, mais non son père, est admis à demander la *restitutio in integrum* pour cause de lésion (L. 3, § 4, D., *De minoribus*, 4-4).

5° Enfin tandis qu'un esclave peut en contractant un *mutuum* faire naître une action *de peculio* contre son maître, le *filiusfamilias* qui emprunte de l'argent contrairement aux dispositions du sénatusconsulte Macédonien ne peut, ni s'obliger lui-même civilement, ni obliger son père (*Inst.*, L. IV, t. VII, *Quod cum eo*, § 7; — *supra*, p. 119).

DEUXIÈME SECTION.

ACTIONS NOXALES.

(*Inst.*, L. IV, t. VIII-IX.)



Des considérations de police et d'ordre public contraignirent le droit civil à reconnaître de tout temps que la partie lésée par le délit ou quasi-délit d'une personne *alieni juris* pourrait agir en indemnité contre le chef de famille. Ce dernier avait toutefois un moyen de se dérober à la réparation du dommage, en abandonnant au demandeur l'auteur du fait délictueux. Cette faculté d'abandon n'était que l'application d'une idée générale que les anciens Romains considéraient comme essentielle à la propriété; ils n'admettaient pas que le propriétaire pût éprouver malgré lui à l'occasion des choses qui lui appartenaient, un préjudice supérieur à la valeur de ces choses elles-mêmes (1).

Aussi, l'abandon noxal s'appliquait-il, dans le principe, aux enfants de famille, aux esclaves, aux animaux, aux objets inanimés.

Accompli sur les enfants de famille, il avait pour résultat de les constituer *in mancipio;* la religion chrétienne ne pouvait le tolérer, et, déjà supprimé par Constantin à l'égard des filles, il le fut à l'égard des fils par Justinien (*Gaius*, I, 140, 141. — *Inst.*, L. IV, t. VIII, *De noxal. act.*, § 7).

La partie lésée ne resta pas cependant sans ressource; car, sans attendre que l'enfant de famille fût devenu *sui juris*, elle était libre de le poursuivre immédiatement par l'action née du délit, et de se retourner ensuite contre le père par l'action *judicati de peculio* (L. 3, § 11, D., *De peculio*, 15-1.)

(1) On a vu une autre application de ce vieux principe, dans le cas du *damnum infectum* (*supra*, p. 105).

§ I.

Actions noxales proprement dites.

(*Inst.*, L. IV, t. VIII.)

Considérée dans son application au *servus*, l'action noxale est l'action donnée contre le maître à raison du délit ou quasi-délit commis par l'esclave. Tandis que les actions *adjectitiæ qualitatis* étaient toutes *rei persecutoriæ* et d'origine prétorienne, l'action noxale est pénale et tantôt civile, tantôt prétorienne. En effet, suivant une remarque déjà faite, elle n'est que l'action issue du délit ou quasi-délit de l'esclave (*furti, vi bonorum raptorum*, etc.), avec la qualité particulière de s'intenter *noxaliter* (*Gaius*, IV, 76. — *Inst.*, L. IV, t. VIII, *De noxal. act.*, § 4) (1).

Faits qui engendrent l'action noxale. — L'action noxale n'a jamais pour source que le délit ou quasi-délit commis par un esclave envers un étranger.

Au délit commis par l'esclave envers son maître on applique rigoureusement la règle qu'il ne saurait naître une action entre eux. Par conséquent, l'aliénation ou l'affranchissement de l'esclave, après le délit, ne donne pas à l'ancien maître le droit de le poursuivre *noxaliter*. En vertu de la même idée, si l'esclave d'autrui accomplit un fait délictueux à votre préjudice et tombe ensuite sous votre puissance, l'action noxale s'évanouit. Sera-t-elle ressuscitée par l'affranchissement ou l'aliénation du délinquant? Les Proculiens avaient admis l'affirmative; mais l'opinion contraire des Sabiniens prévaut dans les Institutes (*Gaius*, IV, 78. — *Inst.*, L. IV, t. VIII, *De noxal. act.*, § 6).

A qui et contre qui se donne l'action noxale. — L'action noxale est ouverte à tous ceux qui ont éprouvé un préjudice quelconque à raison d'un délit ou quasi-délit commis par un esclave. Elle ne se fonde point d'ailleurs sur un devoir imposé au chef de

(1) L'adjectif *noxalis* vient sans doute du verbe *nocere*. Les mots *noxa*, *noxia*, sont de la même famille; souvent synonymes, ils ont souvent aussi des acceptions différentes, et *noxa* signifie l'auteur du dommage (*corpus quod nocuit*, *servus*), *noxia* désigne le délit même (*ipsum maleficium*) (*Inst.*, L. IV, t. VIII, *De noxal. act.*, § 1).

famille de surveiller les individus soumis à sa puissance; car c'est toujours le maître de l'esclave au moment de la *litis contestatio* qui en est passible. Quant au maître qu'avait l'esclave lors du délit, il ne peut être inquiété s'il a perdu la possession du *servus*. On n'a pas même à examiner si l'esclave avait un maître lorsqu'il a commis le fait délictueux. Le chef de famille est donc poursuivi, moins en qualité de propriétaire qu'en qualité de possesseur, et parce qu'il a de fait la possibilité d'exhiber l'esclave. Aussi n'est-il pas tenu de l'action, lorsque l'esclave est en fuite. Ces diverses règles se résument dans l'adage : *Noxa caput sequitur* (*Paul*, S., L. II, t. XXXI, § 37. — L. 11; L. 13, D., *De noxal. act.*, 9-4. — *Inst.*, L. IV, t. VIII, *De noxal. act.*, § 5. — Conf., C. C., art. 1384).

Au surplus, l'action noxale se transforme en action directe contre l'esclave après son affranchissement, par une remarquable application du principe que ses délits l'obligent civilement; *si manumissus fuerit, directo ipse tenetur*. Mais à l'inverse, l'action directe se transforme quelquefois en action noxale; ainsi, quand l'auteur libre d'un délit devient ensuite votre esclave, la poursuite ne pourra plus s'exercer qu'envers vous et *noxaliter* (*Gaius*, IV, 77. — L. 14, D., *De oblig. et act.*, 44-7. — *Inst.*, L. IV, t. VIII, *De noxal. act.*, § 5).

Nature et effets de l'action noxale. — L'action noxale, bien qu'accompagnée d'une sorte de droit de suite, est incontestablement personnelle; car elle tend à la reconnaissance d'une obligation.

Elle tend directement en effet à mettre le possesseur de l'esclave dans l'alternative, ou de payer la peine infligée au délit (*litis æstimatio*), ou d'abandonner l'esclave. Le demandeur est libre, au besoin, d'agir d'abord par l'action *ad exhibendum;* cette faculté lui est utile dans l'hypothèse où l'auteur du délit est un esclave qu'il ne saurait désigner par son mom, mais qu'il pourra reconnaître dans la *familia* de son maître (*Inst.*, L. IV, t. VIII, *De noxal. act.*, pr., §§ 2, 3).

L'alternative qu'implique l'action noxale a déterminé certains auteurs à la déclarer toujours et nécessairement arbitraire. Cette doctrine procède d'une confusion manifeste. Le caractère particulier d'une action arbitraire c'est que le juge évalue à son gré la satisfaction que doit fournir le défendeur, s'il veut échapper à la condamnation; or, ce même pouvoir n'appartenait pas évidemment au juge

de l'action noxale, puisqu'il ne lui était pas permis de modifier la peine du délit. De plus, l'*arbitrium* ou *jussus* d'une action arbitraire portait en lui-même la coaction indirecte qui s'attachait à la menace d'une condamnation plus ou moins fixée par le serment du demandeur; au contraire, l'abandon noxal n'était pas enjoint au maître de l'esclave, mais laissé pleinement à son libre arbitre, et son refus de s'y prêter n'aggravait en rien la peine législativement déterminée par avance et proportionnée à la nature du délit. Enfin, le *jussus* d'une action arbitraire précédait la condamnation, tandis que l'alternative ouverte par l'action noxale se trouvait dans la condamnation elle-même.

Pour conclure, la qualité d'*actio noxalis* ne suffit pas à rendre arbitraire une action qui ne l'est pas. Mais on doit admettre le cumul de ces deux caractères dans les cas où l'action noxale, en la supposant intentée directement contre l'auteur du délit, serait arbitraire de sa nature; telle serait l'action *quod metus causa* donnée contre le maître de l'esclave qui a fait violence (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 31).

Abandon noxal. — Le maître a le droit de faire l'abandon noxal avant toute poursuite, ou dans le cours du procès, ou même après la sentence; il évite ainsi l'action, la condamnation ou l'exécution (L. 29, D., *De noxal act.*, 9-4. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 31; t. VIII, *De noxal act.*, pr., *in fine*).

Une fois condamné, il n'est pas tenu d'une obligation alternative, mais seulement de l'action *judicati cum facultate solutionis*; le demandeur ne peut donc lui imposer que l'exécution de la sentence (L. 6, § 1, D., *De re judicata*, 42-1).

Par exception, la faculté de l'abandon noxal est refusée au maître, lorsqu'il a nié mensongèrement de posséder l'esclave, ou lorsqu'il n'a pas usé des moyens qu'il avait d'empêcher le délit (L. 2, § 1, D., *Si ex noxali causa*, 2-9; L. 2, pr., § 1, D., *De noxal. act.*, 9-4).

L'abandon consistait dans une aliénation complète de l'esclave, et s'opérait ordinairement par la mancipation, au temps de Gaius. En l'absence du maître, assigné *noxaliter* et si personne ne se présentait à la défense, le demandeur emmenait l'esclave sur l'ordre du préteur (*ducebat servum ex noxali causa*), et acquérait sur lui l'*in bonis* ou propriété prétorienne (L. 26, § 6, D., *De noxal. act.*, 9-4. — *Voir* t. I, p. 155).

D'après les Institutes, si l'esclave *noxæ deditus* parvient à dé-

sintéresser son nouveau maître en réparant le dommage causé par son délit, il pourra exiger sa liberté. Un tel résultat serait directement contraire aux plus incontestables principes de la *dominica potestas*, et nul autre texte ne le signale. L'humanité de Justinien innove sans doute pour étendre aux esclaves une faveur (*auxilium prætoris*) que l'ancien droit réservait aux fils de famille frappés de l'abandon noxal (*Coll. leg. Mosaic.*, II, 3. — *Inst.*, L. IV, t. VIII, *De noxal. act.*, § 3).

§ II.

Action de pauperie.

(*Inst.*, L. IV, t. IX.)

Le dommage causé par un animal s'appelle *pauperies*, et l'action intentée dans cette hypothèse par le tiers victime du préjudice prend le nom d'action de *pauperie*.

Loi des Douze-Tables. — L'action de *pauperie* avait été créée par les décemvirs; elle se donnait pour tout dommage émané d'un quadrupède domestique; la jurisprudence appliqua ensuite cette action en qualité d'*utilis*, aux autres animaux non sauvages (L. 4, D., *Si paup., feciss. dic.*, 9-1. — *Inst.*, L. IV, t. IX, *Si quadrupes paup.*, pr.).

Cette action était *noxale* en ce sens qu'elle laissait au défendeur la faculté de se libérer en abandonnant l'animal; mais elle différait des actions noxales ordinaires en ce qu'elle avait une existence propre et constituait une action particulière.

Action édilitienne. — Le dommage émané d'un animal féroce (*genitali feritate*) ne tombait pas sous le coup de la loi des Douze-Tables; elle avait probablement voulu punir la négligence des propriétaires de bestiaux, bêtes de somme ou domestiques, et n'avait pas prévu les autres cas plus rares. La lacune fut comblée par les Ediles, qui introduisirent une action contre tous les possesseurs d'animaux dangereux, à raison du préjudice causé par ces animaux. Cette action aboutissait à une condamnation pécuniaire que le juge évaluait *ex æquo et bono*. Du reste, cette condamnation ne pouvait être évitée par le propriétaire qui offrait de faire l'abandon noxal de l'animal (*Inst.*, L. IV, t. IX, *Si quadrupes paup.*, § 1).

D'ailleurs l'action édilitienne n'empêchait pas la victime du pré-

judice d'exercer aussi l'action noxale de *pauperie*, dans le cas où cette dernière action était possible; *nunquam enim actiones præsertim pœnalse, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit* (*Inst.*, L. IV, t. IX, *Si quadrupes*, § 1. — Conf., C. C., art. 1384, 1385, 1386).

CHAPITRE XXIV.

INEXACTITUDES DANS LA DEMANDE

(*Inst.*, L. IV, t. VI, §§ 33, 34, 35.)

Dans les actions et les formules telles que nous venons de les exposer, le demandeur peut aller au-dessus ou rester au-dessous de son droit; il peut aussi se tromper sur l'objet même qu'il a le droit de réclamer. Quelles seront les conséquences pratiques de ces différentes inexactitudes commises dans les demandes?

§ I.

Plus-petitio.

(*Inst.*, L. IV, t. VI, § 33.)

Il y a *plus-petitio*, en général, lorsque la prétention du demandeur excède ce qu'il a droit de réclamer. Cette théorie présente sous le système formulaire une importance toute spéciale.

Plus-petitio sous le système formulaire. — La *plus-petitio* se rattache à la distinction déjà signalée des *actiones certæ* et des *actiones incertæ*.

Actions susceptibles de plus-petitio. Ses effets. — La *plus-petitio* n'est possible que dans une *actio certa*, c'est-à-dire dans une action dont l'*intentio* précise limitativement l'objet dû. Telle est la *condictio certi*, qui charge le juge de condamner le défendeur à une *certa pecunia* ou à une *certa res*, s'il en est reconnu débiteur; *si paret Numerium Negidium Aulo Agerio decem dare oportere*. Telle est aussi la revendication, qui n'autorise le juge à condamner le défendeur que si la chose appartient au demandeur; *si paret homi-*

nem ex jure quiritium Auli Agerii esse. On voit par ce dernier exemple que la rédaction de la *condemnatio* importe peu ; fût-elle *incerta*, la *plus-petitio* est possible, dès que l'*intentio* se trouve *certa.*

En effet, si le demandeur n'est reconnu créancier ou propriétaire que d'une partie de ce qu'il a réclamé dans l'*intentio*, la condition qui tenait la condamnation en suspens ne s'accomplit pas, et le juge doit nécessairement absoudre le défendeur. Or en vertu de l'effet extinctif de la *litis contestatio*, le demandeur ne pourra plus renouveler son action, même en la restreignant à son droit ; car ce droit est épuisé. La *plus-petitio* a donc pour conséquence d'enlever au demandeur son action et son droit ; *causa cadit.* Le préteur ne lui accordera pas facilement d'ailleurs le secours de la *restitutio in integrum*, à moins qu'il ne soit mineur de vingt-cinq ans, ou qu'il n'y ait vraiment aucune faute à lui imputer (*Gaius*, IV, 53. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 33, *in principio*).

Au contraire, toutes les *actiones incertæ* échappent, en principe, au danger de la *plus-petitio.* Car le demandeur ne réclame dans l'*intentio* rien de précis, mais seulement une valeur dont il laisse la fixation au juge (*quidquid paret, quanti ea res erit*). Dans ce nombre figurent les actions de bonne foi, et par analogie de motifs, en règle générale, les *condictiones incerti.* Les actions arbitraires peuvent au contraire être *certæ*, comme il arrive pour la revendication et même pour l'action confessoire (*Gaius*, IV, 54. — F. V., §§ 52, 53. — L. 7, pr., D., *De eo quod certo loco*, 13-4).

Manière dont se produit la plus-petitio. — La *plus-petitio* se réalise de quatre manières : *plus quatuor modis petitur, re, tempore, causa, loco* (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 33).

Plus-petitio re. — Il en est ainsi lorsque le demandeur exagère l'objet de son droit ; par exemple, un créancier de vingt demande trente, ou le copropriétaire d'un fonds le revendique pour le tout.

Plus-petitio tempore. — Il y a *plus-petitio tempore* lorsqu'on agit avant l'échéance du terme, *ante diem* ; il est indifférent que ce terme résulte du contrat originaire ou d'une convention postérieure, bien qu'en ce dernier cas le défendeur ait besoin d'une exception pour l'invoquer (*Gaius*, IV, 123. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 33 ; t. XIII, *De exceptionibus*, § 10) (1).

(1) Les Institutes assimilent ici la poursuite *pendente conditione* à la poursuite avant terme. On sait que la doctrine contraire découle de textes plus logiques ; l'explication de cette antinomie a été déjà fournie (*supra*, p. 58).

Plus-petitio causa. — On dit qu'il y a *plus-petitio causa* lorsque la rédaction de l'*intentio* tend à priver le défendeur d'une faculté d'option ou d'un avantage quelconque dont il est investi. Par exemple, le créancier ne réclame que l'un des deux objets promis sous alternative au choix du débiteur ou réclame un corps certain d'un débiteur tenu d'une dette de genre, etc. (*Gaius*, IV, 53, *in fine*).

Plus-petitio loco. — Il faut supposer qu'un lieu a été déterminé pour le paiement, dans une *stipulatio certa*. Le créancier, s'il poursuit ailleurs, court le risque de la plus-pétition; il suffit donc au débiteur déshonnête, pour échapper à l'action, de fuir avec soin le lieu du paiement (*forum contractus*) (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 33).

Mais le préteur remédie à cet inconvénient en conférant au créancier le droit d'intenter l'action *de eo quod certo loco dari oportet*. Cette action s'intente sans danger devant une juridiction généralement compétente, soit au domicile du débiteur, soit à Rome, qui est le domicile commun, etc. Les modifications qu'elle apporte à la formule de l'action originaire produisent deux résultats : 1° l'*intentio* devient *incerta ;* car le juge reçoit la mission d'augmenter ou de diminuer la condamnation, selon que la différence des lieux est profitable ou nuisible au débiteur; 2° l'action devient arbitraire; car le défendeur obtient son absolution, s'il donne la satisfaction indiquée par le juge, et qui consiste le plus souvent à fournir caution de payer au lieu convenu (L. 19, § 4, D., *De judiciis*, 5-1 ; L. 1 ; L. 2, pr., § 8; L. 4, § 1, D., *De eo quod certo loco*, 13-4) (1).

Plus-petitio commise en dehors de l'intentio. — La *plus-petitio* commise dans la *condemnatio* de la formule est sans conséquences pour le demandeur; mais elle nuirait au défendeur, s'il n'avait le droit d'obtenir par une *restitutio in integrum* la rectification de cette erreur (*Gaius*, IV, 57).

Quant à la *plus-petitio* dans la *demonstratio*, la doctrine prédominante ne lui reconnaissait, en principe, aucune influence. Mais il est une classe d'actions où la *demonstratio* se confond et s'identifie avec l'*intentio :* ce sont les actions *in factum;* pour ce motif, en les supposant *certæ*, la *plus-petitio* y produit les mêmes effets que dans l'*intentio* des *condictiones* (*Gaius*, IV, 58, 59, 60).

(1) Il n'est pas absolument démontré que la *plus-petitio re* ou *loco* ne puisse avoir lieu dans les *condictiones incerti*.

après le système formulaire. — Dans l'orga- du Bas-Empire, la plus-pétition ne peut plus gération dans la formule; car il n'y a plus de for- la *plus-petitio loco* ou *causa* devient à peu près e; car le magistrat, qui juge lui-même, est maître dans sa décision d'une erreur de ce genre.
petitio re peut se rencontrer dans le *libellus conven- s-petitio tempore* demeure facile à comprendre sous s.

s anciennes conséquences de la plus-pétition est nt effacée. Pour réprimer la *plus-petitio tempore*, doctrine fut confirmée par Justinien, se contente de s qui restait à courir du jour de la demande au jour ; en imposant au demandeur la charge des frais occa- sion. la première poursuite; il perd en outre les intérêts échus dans l'intervalle (L. 1, C., *De plus-petitionib.*, 3-10. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 33; t. XIII, *De exceptionibus*, § 10, *in fine*).

Toute autre *plus-petitio* est punie par l'obligation qui pèse sur le demandeur d'indemniser au triple le défendeur du tort qu'il a pu lui causer (L. 2, C., *De plus-petitionib.*, 3-10. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, §§ 24, 33).

§ II.

Minus-petitio.

(*Inst.*, L. IV, t. VI, § 34.)

Le demandeur au lieu de réclamer plus, peut demander moins que son droit. Qu'arrivera-t-il dans ce cas? Il faut distinguer suivant que cette inexactitude se produit dans l'*intentio*, dans la *condemnatio* ou dans la *demonstratio*.

I. — Est-ce dans l'*intentio* que l'erreur est commise? A l'époque classique, elle n'a d'autre résultat que de mettre le demandeur dans la nécessité d'attendre la fin de la préture actuelle avant d'agir *de reliquo;* sinon il se verrait opposer l'exception *litis dividuæ*. Sous Justinien, le magistrat a le pouvoir de redresser lui-même l'erreur dans la même instance, et de prononcer comme si l'on ne s'était

pas trompé sur la quantité (*Gaius*, IV, 56. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 34. — L. 1, C., *De plus-petitionib.*, 3-10).

II. — L'erreur avait-elle été commise dans la *demonstratio?* La plupart des jurisconsultes pensaient que la *minus-petitio*, tout comme la *plus-petitio*, n'avait pas d'importance dans cette partie de la formule, parce qu'elle ne déduisait pas le droit *in judicium*. De là l'axiome *falsa demonstratio non nocet* (*Gaius*, IV, 58, 59. — L. 33, D., *De actionibus empt.*, 19-1).

III. — Enfin lorsque la *minus-petitio* se trouvait dans la *condemnatio* elle avait des conséquences graves pour le demandeur. Car il n'obtenait pas au delà de la somme qu'il y avait fait fixer par le magistrat; tout son droit néanmoins était déduit *in judicium*, et le préteur ne lui accordait pas aisément la *restitutio in integrum*, à moins qu'il ne fût mineur de vingt-cinq ans, *facilius enim reis prætor succurrit quam actoribus* (*Gaius*, IV, 57).

§ III.

Aliud pro alio.

(*Inst.*, L. IV, t. VI, § 35.)

Le demandeur est encore susceptible de se tromper, non plus en dépassant ou en n'atteignant pas son droit, mais en réclamant une chose pour une autre, en demandant *aliud pro alio*. Par exemple, le demandeur revendique l'esclave Pamphile au lieu de l'esclave Stichus, ou bien se prétend créancier *ex testamento* de ce qui lui est dû *ex stipulatu;* dans ce dernier cas, l'erreur sur la cause constitue véritablement une erreur sur l'objet, parce que la dette née d'un legs est de celles qui croissent au double *per inficiationem* (*Gaius*, II, 213; IV, 55).

A l'époque de Gaius, le demandeur avait alors la ressource d'intenter une nouvelle action, sans craindre aucune exception. Justinien permet de réparer l'erreur *in eodem judicio*, lorsqu'on la découvre avant la sentence (*Gaius*, IV, 55. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 35).

CHAPITRE XXV.

CONDAMNATIONS INFÉRIEURES A LA DEMANDE.

(*Inst.*, L. IV, t. VI, §§ 30, 36-40.)

Il y a des actions qui ne procurent au demandeur qu'une partie de son droit. *Sunt quædam actiones quibus non solidum quod nobis debetur persequimur, sed modo solidum consequimur, modo minus* (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 36).

Telle est notamment l'hypothèse déjà connue où la nécessité de n'agir que *de peculio*, borne la réclamation du créancier. Tels sont encore les cas de la compensation, du bénéfice de compétence et de la cession de biens (1).

§ I.

Compensation.

(*Inst.*, L. IV, t. VI, §§ 30, 39.)

Lorsque deux personnes sont respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre, leurs dettes et leurs créances s'éteignent jusqu'à concurrence de la plus faible; c'est la compensation. On peut la définir simplement; la balance établie entre créances et dettes réciproques, *debiti et crediti inter se contributio* (L. 1, D., *De compens.*, 16-2. — Conf., C. C., art. 1289-1299).

Motifs de la compensation. — L'admission de la compensation dans la jurisprudence est fondée sur deux graves raisons : 1° sur un motif d'équité; car le créancier n'observe pas l'équité en réclamant toute sa créance au débiteur qui peut lui en opposer une autre de son côté; 2° sur un motif d'utilité pratique; car la compensation réunit deux paiements en un seul paiement, deux instances en une seule instance; elle épargne au créancier les chances

(1) Justinien cite encore comme exemple de condamnation inférieure au montant du droit le cas où l'action *rei uxoriæ* est diminuée par les *retentiones* que le mari peut exercer sur la dot; cette hypothèse nous est connue (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De act.*, § 37. — *Voir* t. I, p. 266).

d'insolvabilité qui résultent de la mauvaise administration du débiteur ou du concours des autres créanciers. Aussi Pomponius disait-il avec raison : *compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere* (L. 3, D., *De compens.*, 16-2).

Cependant ces principes n'ont pas triomphé d'un seul coup à Rome. De plus, la compensation n'y éteignit jamais *ipso jure* les obligations, mais seulement *exceptionis ope*. Elle n'eut donc rien de commun ni avec le paiement ni avec la novation, et ne fut jamais qu'une manière d'éviter ou d'atténuer la condamnation. En un mot, la libération qu'elle engendrait n'était pas légale, mais seulement judiciaire (*Contra*, C. C., art. 1290).

Droit ancien. — Le droit romain primitif connut d'abord deux cas spéciaux où le droit du créancier était diminué par un droit opposé du débiteur. Il s'agit de la *compensatio* imposée à l'*argentarius* et de la *deductio* à laquelle est soumis le *bonorum emptor*.

Compensation de l'argentarius. — On sait déjà que les banquiers (*argentarii*) ouvraient à leurs clients des comptes courants et faisaient pour eux des recettes et des dépenses. Lorsqu'un *argentarius* voulait agir avec l'un de ses clients pour se faire payer ce qui lui était dû, il était obligé de régler lui-même le compte et de faire la compensation; il ne pouvait réclamer que le solde sous peine d'encourir la *plus-petitio* (*Gaius*, IV, 64).

Deductio de l'emptor bonorum. — Lorsque la *bonorum venditio* avait eu lieu contre un *defraudator* ou débiteur qui ne payait pas, les créances de l'exproprié étaient exercées *utiliter* par le *bonorum emptor*. Mais si les débiteurs du *defraudator* se trouvaient en même temps ses créanciers, le *bonorum emptor* devait les poursuivre *cum deductione*, c'est-à-dire qu'il devait faire rédiger les formules de telle manière que le juge pût tenir compte de leurs créances et leur donner satisfaction (*Gaius*, IV, 65).

Entre la *compensatio* de l'*argentarius* et la *deductio* de l'*emptor bonorum*, il y avait d'ailleurs de notables différences :

1° Dans la forme, c'est l'*intentio* même de la formule qui contenait la *compensatio*; car le banquier ne devait demander que la différence de son compte actif sur son compte passif, et la moindre exagération lui faisait perdre *plus-petendo* son procès et son action. Au contraire, l'évaluation de la *deductio* était mentionnée dans la *condemnatio*, qui devenait dès lors *incerta*; par conséquent, la *plus-*

petitio n'était pas à craindre. Bref, la *compensatio* était l'œuvre spontanée du banquier lui-même, que sa profession particulière mettait à même de reconnaître exactement le *doit* et l'*avoir* de sa caisse; à l'inverse, la *deductio* imposée au *bonorum emptor* provenait d'une appréciation confiée au juge (*Gaius*, IV, 68).

2° Au fond, l'*argentarius* n'avait le droit et l'obligation de compenser entre elles que des dettes exigibles et de même objet. Mais de la créance exercée par l'*emptor bonorum*, il fallait déduire même ce qui était dû à terme par le *defraudator* en tenant compte de cette anticipation. D'ailleurs, la *deductio* ne portait pas nécessairement sur des obligations de nature identique (*Gaius*, IV, 66, 67).

Compensation dans les actions de bonne foi. — Au témoignage de Gaius et de Justinien, les actions de bonne foi présentèrent toujours une institution fort analogue à la *deductio*. En effet, le juge y statue *ex æquo et bono;* par conséquent, il entre dans son office d'examiner si le demandeur ne se trouve pas obligé envers le défendeur à raison du même fait; car il serait contraire à l'équité de condamner le défendeur au tout, si le demandeur lui devait quelque chose *ob eam rem* (*Gaius*, IV, 61, 63. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 39).

C'est donc parce que les actions de bonne foi se rattachent à des contrats synallagmatiques, soit parfaits, soit imparfaits, que la compensation y fut toujours permise; pour le même motif, on ne l'y admit que *ex eadem causa*. Considérée sous ce rapport, elle était non-seulement possible, mais encore indispensable, au temps où les contrats synallagmatiques ne produisaient pas d'*actio contraria*. Mais pour des raisons déjà comprises, cette compensation restait insuffisante; aussi ne pût-elle empêcher la création des actions contraires (*supra*, p. 127).

Pour conclure, vers l'époque du droit classique, en laissant de côté la *compensatio* et la *deductio* anciennes, la compensation n'avait lieu que dans les actions de bonne foi, sous les conditions suivantes : 1° les deux obligations devaient provenir du même fait juridique, c'est-à-dire *ex eadem causa;* 2° elles devaient sans doute se trouver exigibles et suffisamment liquides, réserve faite de la liberté d'appréciation du juge; 3° elles portaient nécessairement sur des objets identiques, c'est-à-dire étaient *ex pari specie*, par l'effet du principe de la condamnation pécuniaire (L. 7; L. 10; L. 22, D., *De compensat.*, 16-2).

Rescrit de Marc-Aurèle. — Il arriva un moment où dans les actions de bonne foi, la compensation en vint à se faire *ex dispari causa*. Autrement dit, la créance du défendeur put se compenser avec celle du demandeur, fût-elle née d'une source différente. Car il y avait dol, de la part du poursuivant, à réclamer ce qu'il était tenu de rendre pour le tout ou pour partie; et l'appréciation du dol entrait naturellement dans l'office de juge, sans le secours d'aucune exception (L. 21, D., *Soluto matrimonio*, 24-3).

Dès ce jour, la compensation ne tarda pas à pénétrer dans les *judicia stricti juris*. Qu'importe, en effet, que ces actions supposent une obligation unilatérale, puisque l'usage s'est répandu de compenser *ex dispari causa?* Il suffira d'exprimer ce qui est sous-entendu dans les actions de bonne foi, c'est-à-dire d'insérer dans la formule l'exception de dol fondée sur le devoir où se trouve le demandeur d'opérer la compensation et de n'agir que pour le reliquat. Cette doctrine ne fut appliquée d'abord qu'à des hypothèses particulières. Les Institutes nous apprennent qu'un rescrit de Marc-Aurèle la généralisa et en fit une règle législative applicable à toutes les actions du droit strict. *Sed et in strictis judiciis ex rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur* (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 30. — L. 10, § 3, D., *De compensat.*, 16-2).

Mais lorsque le défendeur a établi sa créance contre le demandeur, quel est exactement l'effet de l'exception de dol insérée dans la formule *stricti juris?* Est-ce de procurer au défendeur une absolution complète, comme dans le cas où l'*argentarius* n'a pas fait la *compensatio?* N'est-ce pas seulement de réduire la condamnation à l'excédant de sa dette sur sa créance, comme dans le cas où la poursuite du *bonorum emptor* subit une *deductio?* C'est ici la question la plus discutée de cette matière. Mais la seconde opinion doit l'emporter pour bien des motifs. Si le résultat ordinaire d'une exception justifiée est d'amener l'absolution complète du défendeur, ce principe n'est pourtant pas absolu, et l'exception, d'après le langage formel des textes, n'aboutit parfois qu'à diminuer la prétention du demandeur; *modo eximit reum damnatione modo minuit damnationem* (L. 22, D., *De exceptionibus*, 44-1).

Or l'exception de dol, insérée dans le but d'arriver à la compensation, fournit précisément une des applications de cette dernière règle. Car, en élargissant la sphère de la compensation, Marc-Au-

rèle se proposait d'obvier aux rigueurs du droit strict; il n'avait donc aucune raison de se montrer aussi sévère pour les particuliers qu'on l'avait été pour les *argentarii*. D'ailleurs, les textes semblent démontrer que l'insertion de l'exception de dol dans une formule d'action, a pour conséquence de communiquer, dans une certaine mesure, à l'action les caractères d'un *judicium bonæ fidei*. Du reste, il est naturel de penser que la compensation, étendue des actions de bonne foi aux actions *stricti juris*, a dû y passer avec le même caractère et les mêmes conséquences. Enfin, Justinien se contente de signaler le rescrit de Marc-Aurèle, sans faire aucune allusion à l'innovation radicale que lui prête la doctrine contraire. Le témoignage de Théophile est encore plus décisif; car il déclare expressément que, si l'on actionne pour dix le débiteur à qui l'on doit soi-même cinq, le juge ne peut le condamner qu'à cinq (L. 42, pr., D., *De mortis causa don.*, 39-6. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 30. — Théophile, § 30, *De actionibus*) (1).

On arrive donc à cette conclusion que la compensation, dès l'époque classique, est faite de la même manière par le juge dans les actions de droit strict et de bonne foi. Pour invoquer à cet effet l'exception de dol expresse ou tacite, il fallait sans doute que les deux dettes fussent exigibles et suffisamment liquides; elles devenaient nécessairement de même nature en raison du principe que la condamnation était toujours pécuniaire. Dans tous les cas, la compensation ne se produisait encore que dans les actions personnelles.

Droit de Justinien. — Justinien supprime d'abord la nécessité de l'*exceptio doli;* puisque le magistrat juge lui-même, on ne distingue plus les exceptions insérées dans la formule de celles qui n'y sont pas.

L'empereur étend aussi la compensation aux actions réelles : *Nostra constitutio, eas compensationes quæ jure aperto nituntur, latius introduxit; ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam* (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 30, *in fine*) (2).

(1) On oppose à cette doctrine un texte tiré des sentences de Paul (S., L. II, t. V, § 3). Il suffit de répondre que ce fragment ne nous est probablement pas parvenu sans altération; d'ailleurs, il est à peu près certain que Paul ne voulait parler dans ce texte que de la *compensatio argentarii*.

(2) Par exemple, Titius doit trente mille à Seius qui détient sa maison évaluée à vingt mille. Si Titius revendique contre Seius, ce dernier lui opposera la com-

Quelles sont désormais les conditions exigées pour que la compensation puisse se produire?

Il y a longtemps que la compensation ne requiert plus des dettes nées *ex eadem causa*. En outre, elles ne sont plus nécessairement de même nature, *ex pari specie;* car le principe de la condamnation pécuniaire a disparu, et Justinien permet d'opposer la compensation dans les actions réelles; or, comment supposer que deux personnes se doivent réciproquement deux bois, deux maisons, deux champs? Mais pour refuser aux défendeurs un moyen trop facile de prolonger les procès, l'empereur veut que les créances soient liquides, c'est-à-dire découlent d'un droit évident, *jure aperto*, dont l'appréciation ne retardera pas l'issue de la demande. Il est vraisemblable également que les créances doivent être échues (L. 14, C., *De compensationibus*, 4-31. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 30).

Lorsque les conditions exigées sont réunies, la compensation, dit Justinien, s'opère *ipso jure* (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 30). Cette locution équivoque ne veut pas dire ici que la compensation a lieu de plein droit, par la seule force de la loi, à l'insu même ou contre la volonté des parties. S'il en était ainsi, le débiteur qui aurait payé par erreur, malgré la compensation, n'aurait plus que la *condictio indebiti;* cependant les textes lui conservent formellement l'ancienne action de sa créance. Les mots *ipso jure* veulent dire simplement que le magistrat tiendra compte de la compensation, sans l'aide d'aucune exception, il lui suffira de connaître la coexistence des deux dettes, pour réduire la condamnation à l'excédant de la plus forte sur la plus faible. Du reste, la compensation une fois admise rétroagit au premier instant où les dettes ont coexisté, en ce sens que les intérêts cessent de courir dès ce moment-là (L. 1, § 4, D., *De cont. tutelæ*, 27-4; L. 7, § 1, D., *De compensat.*, 16-2. — L. 4; L. 5; L. 13, C., *De compensat.*, 4-31. — Conf., C. C., art. 1299).

Il reste donc évident, en dépit des controverses qui se sont élevées sur ce point, que la compensation romaine, même sous Justinien, ne constitue pas comme chez nous un paiement réciproque, fictif et forcé. Elle est toujours restée judiciaire et n'est jamais

pensation pour vingt mille, retiendra la maison, et demeurera créancier de dix mille. Il est permis de préférer le système français, qui ne compense que les dettes de choses fongibles (art. 1291).

devenue légale; ce n'est qu'un moyen d'obtenir, lors de la sentence, dispense totale ou partielle de payer. La libération qui en résulte ne s'opère que *per exceptionem*, conformément aux effets qui seront expliqués plus tard de la chose jugée (*Contra*, C. C., art. 1290).

Observations générales. — Une règle de bon sens, c'est qu'on ne peut opposer en compensation de sa propre dette la créance d'autrui. Cependant le fidéjusseur est autorisé à s'en prévaloir du chef du débiteur principal, et le codébiteur *correus* du chef de ses *correi*, dans le cas de société (L. 4, D., *De compens.*, 16-2; L. 10, D., *De duobus reis*, 45-2. — Conf., C. C., art. 1295; — *supra*, p. 79, 85).

Toute obligation civile ou naturelle est d'ailleurs susceptible de venir en compensation; *etiam quod natura debetur venit in compensationem* (L. 6, D., *De compensat.*, 16-2. — Conf., C. C., art. 1291; — *supra*, p. 12).

Cependant, par exception, ne sont pas compensables, au moins dans le droit de Justinien : 1° les créances du fisc; 2° la créance en restitution d'une chose enlevée par spoliation ou livrée à titre de dépôt ou de commodat (L. 20, D., *De compensat.*, 16-2. — *Paul*, S., L. II, t. XII, § 12. — L. 4, C., *De commodato*, 4-23. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 30. — Conf., C. C., art. 1293).

Remarquons enfin que le délai de grâce accordé au débiteur ne l'empêche pas d'user de la compensation (L. 16, § 1, D., *De compensat.*, 16-2. — *Sic*, C. C., art. 1292).

§ II.

Bénéfice de compétence.

(*Inst.*, L. IV, t. VI, §§ 37, 38.)

Il est des cas où la condamnation ne peut dépasser les ressources pécuniaires du défendeur, *quatenus facere potest*, *quatenus ejus facultates patientur*. C'est là ce que les interprètes ont qualifié du nom barbare de *beneficium competentiæ* ou bénéfice de compétence et ce que les textes appellent *exceptio in id quod facere potest*.

Ce bénéfice, déjà connu du temps de Labéon, fut introduit par l'usage, consacré par l'édit du préteur et confirmé par les rescrits impériaux.

Personnes qui jouissent du bénéfice de compétence. — Le

bénéfice de compétence est personnel; car le débiteur ne le communique pas à ses coobligés et ne le transmet pas à ses héritiers. Mais il continue d'en jouir contre les héritiers du créancier (L. 12; L. 13; L. 27, D., *Soluto matrimonio*, 24-3).

Les principaux cas d'application de ce bénéfice sont les suivants, tous motivés par des relations de reconnaissance, d'affection ou de pitié qui doivent exister entre le demandeur et le défendeur. Il appartient notamment aux personnes suivantes :

1° Aux ascendants poursuivis par leurs descendants; au patron et à la patronne, à leurs enfants et ascendants, poursuivis par l'affranchi; aux frères entre eux (L. 16; L. 17, D., *De re judicata*, 42-1).

2° Aux conjoints dans leurs rapports réciproques. Primitivement restreinte à l'hypothèse où le mari était poursuivi en restitution de la dot par l'action *rei uxoriæ*, cette faveur s'étendit, sous Antonin le Pieux, à toutes les créances du mari contre la femme ou réciproquement. On n'en exceptait que les obligations issues entre eux d'un fait illicite (L. 20, D., *De re judicata*, 42-1. — L. 1, § 7, C., *De rei uxoriæ actione*, 5-13).

3° Aux associés qui se poursuivent par l'action *pro socio*. On n'admit d'abord le bénéfice de compétence que dans le cas de société *omnium bonorum;* mais on finit ensuite par l'appliquer à toutes les sociétés (L. 16, D., *De re judicata*, 42-1; L. 63, pr., D., *Pro socio*, 17-2; — *supra*, p. 195).

4° Au donateur que le donataire poursuit par une action personnelle ou par l'action *judicati*, pour obtenir l'exécution de la donation. Mais si le donataire agit par la revendication, qui est arbitraire, il n'existe plus aucun motif d'atténuer au profit du donateur une condamnation qu'il a pu prévenir (L. 33, pr., D., *De donationibus*, 39-5; L. 41, § 1, 2, D., *De re judicata*, 42-1).

5° Aux militaires pour leurs dettes contractuelles (L. 6, pr.; L. 18, D., *De re judicata*, 42-1).

6° Au fils de famille, lorsqu'à l'instant de la poursuite il se trouve émancipé ou exhérédé, ou qu'appelé à la succession paternelle, il s'en est abstenu (L. 2, D., *Quod cum eo*, 14-5).

7° Au débiteur qui a fait cession de biens (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 40; — *infra*, p. 478).

Manière d'invoquer le bénéfice de compétence. — Le débiteur qui avait le droit d'invoquer le bénéfice de compétence s'en prévalait à l'aide d'une exception; mais la nature et la forme de

cette exception variait suivant les cas. Dans l'hypothèse particulière de la cession de biens, c'était au moyen de l'exception *nisi bonis cesserit* que le débiteur atténuait ou paralysait les poursuites (*Inst.*, L. IV, t. XIV, *De replicationibus*, § 4).

Dans toutes les autres hypothèses, le bénéfice de compétence se produisait sous la forme d'une exception qui affectait la *condemnatio* dans les termes suivants : *dumtaxat in id quod facere potest, condemna*. Le débiteur qui négligeait de s'en prévaloir, au plus tard sur l'action *judicati*, n'avait aucune répétition (L. 7, pr., D., *De except.*, 44-1; L. 8; L. 9, D., *De cond. indebiti*, 12-6).

Effets du bénéfice de compétence. — On se demande d'abord ce que devient l'obligation pour la valeur qui excède les facultés pécuniaires du débiteur. La conséquence logique de la *litis contestatio* et de la *sententia* serait évidemment de le libérer dans cette mesure. Cependant il est certifié par les textes que son retour à meilleure fortune le met sous le coup de nouvelles poursuites pour ce qu'il n'a pas payé. Il faut donc admettre que, lors de la condamnation *in quantum facere potest*, le débiteur prenait l'engagement formel d'acquitter le surplus dès qu'il le pourrait; on retrouve d'ailleurs au Digeste et au Code des traces de la *cautio* qu'il fournissait dans ce but (L. 63, § 4, D., *Pro socio*, 17-2. — L. 1, § 7, C., *De rei uxoriæ actione*, 5-13; L. 8, C., *Soluto matrimonio*, 5-18) (1).

Une seconde question est de savoir comment se calculent les facultés du défendeur. Dans le principe, le juge prenait en considération l'actif brut; autrement dit, il condamnait le défendeur à la totalité de la somme que devaient produire ses biens, sans en rien déduire pour ses autres dettes ni pour sa subsistance. Par exception, les biens du donateur ne s'évaluaient que déduction faite de ce qu'il lui fallait pour vivre (*ne egeat*) et pour désintéresser ses autres créanciers, *æs alienum* (L. 19, pr., § 1, D., *De re judicata*, 42-1).

Les compilateurs de Justinien révèlent obscurément, dans une loi mal rédigée, l'intention de généraliser la faveur jusqu'alors réservée au donateur. Mais cette généralisation fut incomplète, car ne

(1) Si le débiteur ne prenait pas cet engagement, il restait au moins tenu d'une obligation naturelle; ce qui lui fermait l'exercice de la *condictio indebiti*, pour le cas où il viendrait ensuite à payer volontairement (L. 9, D., *De condict. indebiti*, 12-6).

déduisant pas du patrimoine du débiteur ce qu'il doit aux autres créanciers, la déduction *ne egeat* ne lui profitera pas personnellement (L. 173, pr., D., *De regulis juris*, 50-17).

§ III.

Cession de biens.

(*Inst.*, L. IV, t. VI, § 40.)

Nature et formes de la cession de biens. — La cession de biens, *bonorum cessio*, est l'abandon volontaire que le débiteur fait de tous ses biens à ses créanciers, à l'effet de les vendre et de se payer sur le prix de vente (L. 4, C., *Qui bonis cedere*, 7-71. — Conf., C. C., art. 1265-1270).

La *bonorum cessio* date d'une loi Julia rendue sous César ou peut-être sous Auguste. Elle était primitivement soumise à des formalités compliquées qui disparurent dans la suite; on se contenta d'une simple manifestation de volonté du débiteur. Elle n'était du reste permise qu'au débiteur malheureux et de bonne foi (L. 51, D., *De re judicata*, 42-1. — L. 6, § 1, C., *Qui bonis cedere*, 7-71. — Conf., C. C., art. 1268).

Effets de la cession de biens. — La cession de biens procurait un triple avantage au débiteur; elle lui permettait d'abord de se soustraire à l'infamie résultant de la *venditio bonorum;* elle lui permettait également d'éviter l'emprisonnement pour dettes, *vincula privata;* enfin elle lui accordait pour l'avenir le bénéfice de compétence (*Gaius*, II, 154. — L. 11, C., *Ex quibus causis*, 2-12; L. 1, C., *Qui bonis cedere*, 7-71. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 40).

Les créanciers au profit desquels la cession de biens a été consentie ne deviennent pas propriétaires des biens abandonnés; ils sont mandataires du débiteur et à ce titre, tenus de procéder eux-mêmes à la vente en détail, *distractio bonorum.* Le débiteur peut donc, jusqu'au moment de la vente, révoquer le mandat et reprendre ses biens en satisfaisant ses créanciers. Lorsque la vente a eu lieu, le débiteur n'est libéré que jusqu'à concurrence du prix touché par ses créanciers; en conséquence ceux-ci, sans distinguer s'ils sont antérieurs ou postérieurs à la cession conservent la fa-

culté d'agir de nouveau contre le cédant s'il vient à réaliser des acquisitions de quelque importance, *idoneum emolumentum*. Mais alors, le débiteur pourra se prévaloir de l'exception : *nisi bonis cesserit*, ce qui réduira la condamnation à ses ressources actuelles; *inhumanum enim erat spoliatum fortunis suis in solidum damnari* (L. 6 ; L. 7, D., *De cess. bon.*, 42-3. — L. 2; L. 4, C., *Qui bonis cedere*, 7-71. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 40. — Conf., C. C., art. 1269, 1270).

CHAPITRE XXVI.

DES PLAIDEURS ET DE LA REPRÉSENTATION EN JUSTICE.

(*Inst.*, L. IV, t. X.)

Des plaideurs. — La personne investie du droit de figurer en justice s'appelait *legitima persona standi in judicio*. En thèse générale, cette faculté manquait à l'esclave. Il en était probablement de même à l'origine, de toute personne placée sous la puissance d'autrui. On permit cependant de bonne heure de citer en justice un fils de famille, et bientôt il lui fut permis à lui-même d'assigner son adversaire par une formule *in factum*. Les femmes ne purent introduire un *legitimum judicium* qu'avec l'autorisation de leur tuteur, tant qu'elles restèrent en tutelle. Les pérégrins furent toujours admis à plaider; mais on ne leur donnait les actions civiles qu'à titre de fictices, *ficto cive* (*Gaius*, I, 184; IV, 37. — *Ulpien*, R., t. XI, §§ 24, 27. — L. 53, D., *De judiciis*, 5-1).

Bref, dans la législation classique et sous Justinien, ne peut ester personnellement en justice (*postulare*) que le plaideur capable de s'obliger; car le procès entraîne l'obligation de se soumettre au jugement qui interviendra. La capacité de plaider est en outre refusée aux mineurs de dix-sept ans et aux sourds. Le plaideur incapable est assisté par son tuteur ou curateur; s'il n'en a pas, le magistrat lui nomme un curateur *ad hoc* (L. 1, § 3, D., *De postulando*, 3-1; L. 1, §§ 2, 3, 4, D., *De adm. tut.*, 26-7; L. 7, § 1, D., *De bon. poss.*, 37-1. — L. 11, C., *Qui dare tutores*, 5-34. — *Inst.*, L. I, t. XXIII, *De curat.*, § 2).

Entre deux personnes dont l'une a l'autre *in potestate*, aucune ac-

tion en justice n'est possible, si bien que l'instance déjà engagée se dissout de plein droit par la chute de l'un des plaideurs sous la puissance de l'autre (L. 11, D., *De judiciis*, 5-1).

Représentation en justice. — Examinons maintenant l'organisation de la représentation en justice sous les divers systèmes de procédure.

Il faut d'abord éviter, en justice, de confondre, avec les *procuratores ad litem* ou représentants des parties, leurs avocats ou défenseurs, qui ne font qu'assister le plaideur, mais qui ne le représentent pas dans l'instance.

Sont de tout temps inhabiles à représenter une partie en justice les personnes incapables de plaider en leur propre nom, ensuite les femmes, les soldats et les personnes notées d'infamie; ces dernières ne peuvent pas non plus constituer procureur. Justinien atteste et confirme la désuétude où est tombée dans sa législation la double incapacité attachée à l'*infamia* (F. V., § 324. — *Paul*, S., L. I, t. II, § 1. — *Inst.*, L. IV, t. XIII, *De exceptionibus*, § 11).

Procédure des actions de la loi. — Sous les actions de la loi, régne le principe qu'on ne peut agir par représentant; *nemo alieno nomine lege agere potest.* Chacun doit en personne, et pour son propre compte, accomplir le rite solennel et prononcer les paroles consacrées. Ce n'était là que l'application aux actes judiciaires d'une règle également acceptée pour les actes extrajudiciaires (L. 123, D., *De regulis juris*, 50-17; — *supra*, p. 196).

Certaines exceptions furent néanmoins consacrées de très bonne heure; Gaius les annonce et Justinien les indique (*Gaius*, IV, 82. — *Inst.*, L. IV, t. X, *De iis per quos agere*, pr.).

Ainsi l'on plaidait valablement au nom d'autrui : 1° *pro populo*; c'est la représentation d'une ville ou province (*populus*) par un agent ou syndic; 2° *pro libertate;* c'est le cas déjà connu de l'*assertor libertatis*; 3° *pro tutela;* c'est probablement l'hypothèse où le tuteur agit pour le pupille *absens* ou *infans*; on sait qu'il se bornait ordinairement, si le pupille était présent et sorti d'*infantia*, à lui fournir son *auctoritas*, sans le représenter directement dans la cause; 4° une loi Hostilia, de date inconnue, permettait à quiconque le voulait d'intenter l'action *furti*, soit au nom des captifs ou des personnes absentes pour service public, soit au nom de leurs pupilles; 5° il faut remarquer enfin que le *vindex*, qui prend la cause d'une personne citée en justice et s'oblige à payer pour elle dans certaines

circonstances déjà mentionnées, est par là même autorisé à participer pour autrui aux actions de la loi (L. 1, § 1, D., *Quod cujusc. univers.*, 3-4; L. 1, §§ 2, 3, D., *De adm. et peric. tut.*, 26-7).

Telles furent les principales exceptions qui finirent par amener l'infirmation du principe.

Système formulaire. — Le système formulaire renverse l'ancienne règle qui devait être fort gênante en pratique et admet la représentation en justice; *nunc admonendi sumus*, nous dit Gaius, *agere posse quemlibet aut suo nomine, aut alieno* (*Gaius*, IV, 82).

C'est que l'organisation de la formule s'y prête aisément. En effet, le représentant est-il demandeur? L'*intentio* de la formule sera conçue au nom du représenté, et posera la question de savoir s'il est investi du droit; mais la *condemnatio* sera conçue au nom du représentant, c'est-à-dire donnera mission au juge de prononcer la sentence à son profit; il en poursuivra lui-même l'exécution sauf à rendre compte au représenté. A l'inverse, le représentant joue-t-il le rôle de défendeur, le nom du représenté figurera dans l'*intentio* de l'action, si elle est *in personam;* mais la *condemnatio* indiquera le représentant comme passible de la condamnation, qui s'exécutera contre lui (*Gaius*, IV, 35, 55, 86, 87).

Successivement apparurent, au temps des formules, diverses espèces de représentants, dont les principaux furent le *cognitor* et le *procurator* (*Gaius*, IV, 82).

Différences de formes entre le cognitor et le procurator. — Le *cognitor* était constitué au moyen de paroles solennelles, en présence de l'adversaire, probablement *in jure*. On n'exigeait pas que le *cognitor* lui-même fût présent; mais lorsque la nomination avait lieu en son absence, sa qualité ne lui était acquise qu'à partir de son acceptation. La constitution du *cognitor*, comme les autres *actus legitimi*, mancipation, acceptilation, etc., ne comportait d'ailleurs aucune modalité expresse (F. V., §§ 318, 329. — *Gaius*, IV, 83).

Comme on le voit, ces conditions étaient gênantes et souvent impraticables. Telle fut sans doute la raison qui fit inventer, sous le nom de *procuratores ad litem*, d'autres représentants judiciaires dont la constitution était plus facile et par conséquent toujours possible. Il ne fallait pas de paroles consacrées; on établissait un *procurator* par simple mandat, en l'absence comme à l'insu de l'adversaire. Etait même admis à ce rôle quiconque s'y offrait de bonne foi, sans justifier d'une procuration formelle (*Gaius*, IV, 84).

Différences de pouvoirs entre le cognitor et le procurator. — La principale différence entre ces deux représentants, c'est que le *cognitor* s'identifie avec le représenté, tandis que le *procurator* ne s'identifie pas avec le *dominus litis*.

C'est qu'en effet le mandat du *cognitor* a le double avantage de la certitude et de la publicité. Dès lors, ce qui est jugé avec le *cognitor* lie le représenté, seul investi ou passible de l'action *judicati* (1). Du même coup, il devient naturel que le *cognitor* ne soit, en cette qualité, astreint à fournir aucune caution. Du reste, une fois l'instance engagée avec le *cognitor* par la *litis contestatio*, on nevoit pas comment serait possible la révocation de ce mandataire; peut-être, en cas de besoin, recourait-on à la *translatio judicii* (*Gaius*, IV, 97, 98).

Quant au *procurator*, par une conséquence naturelle de l'incertitude qui pouvait régner sur son mandat, ce qui était jugé avec lui ne liait pas le mandant, au moins d'un lien direct. C'était le *procurator* qui se trouvait investi ou passible de l'action *judicati*. Aussi devait-il donner caution que le maître accepterait le résultat du procès (*satisdare rem ratam dominum habiturum*). Cette caution *de rato*, étrangère au représenté, ne l'empêchait pas nécessairement de recommencer le procès; mais elle l'en détournait par la crainte du recours que le *procurator*, poursuivi lui-même en vertu de sa promesse, aurait pu exercer contre le mandant au moyen de l'action *mandati contraria* (F. V., § 317. — *Gaius*, IV, 98. — *Inst.*, L. III, t. XVIII, *De divisione stip.*, § 4 ; L. IV, t. XI, *De satisd.*, pr.).

Outre le *procurator* et le *cognitor*, le droit classique connaissait encore le *defensor;* on nommait de ce nom celui qui sans mandat plaidait pour autrui; c'était un véritable *negotiorum gestor*. Ordinairement le *defensor* ne pouvait représenter que le défendeur; de là sans doute son nom. D'ailleurs, le *defensor* ne s'identifiait pas avec le *dominus litis* et l'action *judicati* se donnait contre lui; aussi était-il tenu de fournir la caution *ratam rem dominum habiturum* (*Inst.*, L. IV, t. XI, *De satisdationibus*, § 5).

Mais dès le temps de Papinien, les différences entre le *cognitor* et le *procurator* tendirent à s'effacer. On mit d'abord à part les *pro-*

(1) Il en serait autrement, s'il s'agissait d'un *cognitor in rem suam*, c'est-à-dire du bénéficiaire d'une cession d'actions (*supra*, p. 312).

curatores dont le mandat n'était pas susceptible de contestation ; tels furent le *procurator præsentis*, c'est-à-dire constitué par une personne présente, et le *procurator* constitué *apud acta*, ou dont la nomination avait été notifiée à l'adversaire par lettre du mandant. On les assimila au *cognitor*, en ce sens qu'ils furent dispensés de la caution *de rato* (F. V., §§ 317, 331. — *Inst.*, L. IV, t. XI, *De satisd.*, § 3).

Représentants judiciaires sous Justinien. — Ce travail de fusion entre les *cognitores* et les *procuratores* s'accentua de plus en plus jusqu'à Justinien qui se borna à généraliser les règles qui avaient fini par prévaloir à la fin de l'époque classique. Il n'y a plus de *cognitor*. Le *procurator præsentis*, et même le *procurator absentis* muni d'un mandat publiquement constaté, représentent pleinement le mandant; car ils ne fournissent plus la caution *de rato*, et l'action *judicati* se donne pour ou contre le *dominus* (*Inst.*, L. IV, t. X, *De iis per quos*, § 1).

Il n'existe plus qu'exceptionnellement des représentants non identifiés avec le représenté; ce sont : le *procurator absentis*, le *procurator in rem suam* et le *defensor* (*Inst.*, L. IV, t. XI, *De satisd.*, §§ 3, 5).

Remarque. — Tout au moins dans la doctrine des grands jurisconsultes, le tuteur représente pleinement, comme un *cognitor* ou comme un *procurator præsentis*, le pupille que son âge ou son absence empêchent de plaider lui-même *cum auctoritate*. Il en est autrement du tuteur qui prend bénévolement le rôle de plaideur dans les cas où il suffirait d'autoriser le pupille. C'est d'après cette distinction fondamentale qu'est délivrée l'action *judicati* (L. 1, § 2; L. 2; L. 23, D., *De adm. et peric. tut.*, 26-7. — *Inst.*, L. IV, t. X, *De iis per quos agere*, § 2).

Les mêmes principes semblent applicables à la curatelle des mineurs de vingt-cinq ans. Mais aucune action n'est possible pour ou contre les fous; par suite, leur curateur seul exerce ou subit l'action *judicati* pendant toute la durée de ses fonctions (L. 4, pr., D., *De in jus vocando*, 2-4; L. 2, D., *De condict. furt.*, 13-1; L 5, D., *Quando ex facto*, 26-9).

CHAPITRE XXVII.

DES SURETÉS A FOURNIR EN JUSTICE.

(*Inst.* L. IV, t. XI.)

On sait déjà que les préteurs, en accordant une action, contraignent souvent l'une des parties à donner des *satisdationes*, c'est-à-dire à contracter par stipulation des engagements qui sont garantis par des *adpromissores* (*supra*, p. 104).

Ce genre de précautions est principalement usité dans les instances où l'un des adversaires plaide au nom d'autrui; aussi cette matière n'est-elle, pour ainsi dire, qu'une continuation de la précédente. Nous nous placerons successivement à une époque antérieure à Justinien et dans le dernier état du droit (*Inst.*, L. IV, t. XI, *De satisd.*, pr.).

Période antérieure à Justinien. — Distinguons entre l'action réelle et l'action personnelle.

Actions réelles. — Aucune caution n'est exigée, dans ces actions du demandeur qui plaide pour lui-même, ou comme *cognitor* ou *procurator præsentis*. Mais le simple *procurator* doit, comme on l'a déjà vu, fournir la caution *de rato* (*Inst.*, L. IV, t. XI, *De satisd.*, pr.).

Le défendeur *suo nomine vel alieno nomine*, en sa qualité de possesseur, contractait, dans la procédure *per sponsionem*, la *stipulatio pro præde litis et vindiciarum* (*supra*, p. 372).

Dans la procédure *per formulam petitoriam*, on imposait au défendeur la caution *judicatum solvi*, qui avait en général trois chefs: 1° elle assurait la restitution de la valeur du litige (*de re judicata*); 2° elle le contraignait à rester dans l'instance jusqu'à la *litis contestatio* (*de re defendenda*); 3° elle prévenait les dégradations dolosives qu'il aurait pu, durant le procès, commettre sur l'objet litigieux (*de dolo*). Faute par le défendeur de fournir cette garantie, le demandeur pouvait se faire attribuer la possession de la chose à la charge par lui de fournir la caution; cette attribution se faisait à l'aide de l'interdit *quem fundum, quam hereditatem* ou *quem usumfructum* dont nous aurons bientôt à parler (*Gaius*, IV, 89, 91, 94,

97, 98. — *Paul*, S., L. I, t. XI, § 1. — *Inst.*, L. IV, t. XI, *De satisd.*, pr.).

Actions personnelles. — Ici, le demandeur reste soumis aux règles posées pour les actions réelles. Quant au défendeur à une action personnelle, sa situation, à cet égard, nous est indiquée par Gaius plus riche en détails que Justinien, aux Institutes (*Gaius*, IV, 101, 102. — *Inst.*, L. IV, t. XI, *De satisd.*, § 1).

Le défendeur agit-il *proprio nomine*, la caution *judicatum solvi* n'est exigée de lui qu'en certains cas exceptionnels : 1° tantôt *propter genus actionis;* c'est le cas des actions *depensi*, *judicati*, etc.; 2° tantôt *propter personam, quia suspecta sit;* c'est le cas de l'héritier que le préteur juge suspect, du débiteur qui a fait banqueroute (*decoxit*) ou dont les biens ont été vendus à la requête des créanciers (*Gaius*, IV, 102).

Le défendeur agit-il *alieno nomine*, la caution *judicatum solvi* est nécessaire sans exception, *quia nemo defensor in aliena re sine satisdatione idoneus esse creditur*. Si le représentant est un *cognitor*, la caution est fournie par le *dominus* ou représenté; si le représentant est un *procurator*, c'est lui-même qui la fournit (*Gaius*, IV, 101).

Droit de Justinien. — Dans le dernier état de la législation, le demandeur ou le défendeur *proprio nomine* est contraint seulement, sur toute espèce d'actions, à prendre l'engagement de rester en cause jusqu'à la fin de l'instance, *usque ad terminum litis*. Suivant le rang et la dignité du plaideur, on se contente à cet égard d'une simple promesse (*nuda promissio*), ou l'on exige, soit un serment (*cautio juratoria*), soit des fidéjusseurs (*satisdatio*). Ces diverses combinaisons sont prévues par les Institutes (*Inst.*, L. IV, t. XI, *De satisdat.*, § 2).

Si l'action est intentée par un *procurator* dont les pouvoirs ne sont pas authentiquement constatés, il doit donner la caution *de rato* (*Inst.*, L. IV, t. XI, *De satisdat.*, § 3).

Le *procurator* remplit-il enfin le rôle de défendeur, la caution *judicatum solvi* devient indispensable. Mais le *procurator absentis* la fournit lui-même, non plus seulement du chef *de re defendenda*, comme le défendeur *suo nomine*, mais aussi *pro litis æstimatione.* Au contraire, quand il s'agit d'un *procurator præsentis*, c'est le *dominus* ou représenté qui fournit la caution, en y joignant une hypothèque générale sur ses biens (*Inst.*, L. IV, t. XI, *De satisd.*, §§ 3, 4, 5, 6, 7. — Conf., C. C., art. 16; C. Proc., art. 166, 167).

CHAPITRE XXVIII.

EXCEPTIONS.

(*Inst.*, L. IV, t. XIII, t. XIV.)

La théorie proprement dite des exceptions est postérieure aux actions de la loi (*Gaius*, IV, 108).

Les exceptions furent en effet une conséquence naturelle de la procédure par formules et du partage de l'instance entre le magistrat qui fixait les questions de droit ou de fait et le juge qui les tranchait. Aussi la véritable nature de l'exception n'apparaît-elle qu'à l'époque du système formulaire; c'est pour ce temps qu'on a déjà distingué dans la *formula* des *partes* ou parties principales et des *adjectiones* ou parties accessoires. On sait que les *adjectiones* appelées *exceptiones* et *præscriptiones ex parte rei* ont fini par se confondre sous le nom général d'exceptions (*Gaius*, IV, 133; — *supra*, p. 349).

D'ailleurs, bien que le caractère des exceptions soit dénaturé dans le troisième système de procédure, l'intérêt au fond n'en persiste pas moins. Il est donc indispensable de les étudier soigneusement.

§ I.

Notions générales sur les exceptions.

Dans le langage juridique, on entend par *defensio* tout moyen qu'emploie le défendeur pour résister à la demande. A ce point de vue général, l'exception est une défense; mais une analyse rigoureuse doit distinguer le moyen de défense proprement dit de l'exception (*Gaius*, IV, 116. — *Inst.*, L. IV, t. XIII, *De except.*, pr.).

Nature du moyen de défense. — Lorsque le moyen mis en cause par le défendeur tend directement à contredire la prétention du demandeur, il constitue une défense dans le sens technique du mot. Par exemple, c'est une défense que de contester sur la revendication la propriété du demandeur; c'est une défense que d'affirmer, sur l'action personnelle, que le demandeur n'a jamais été

créancier, ou qu'il a cessé de l'être, etc. Dans ces divers cas, à la question posée dans l'*intentio* le demandeur et le défendeur font deux réponses contradictoires.

Nature de l'exception. — Au contraire, lorsque le moyen allégué par le défendeur ne combat pas de front la prétention du demandeur, et ne doit qu'en paralyser indirectement les effets, il constitue une exception. Par exemple, c'est une exception que d'invoquer, sans nier la créance du demandeur, l'existence d'un pacte qui en a fait remise.

En recourant à l'exception, le défendeur n'attaque plus de face l'*intentio;* soit qu'il en ait reconnu de prime-abord la vérité, soit que les preuves aient été décisives, il renonce désormais à la contester et transporte la question sur un autre terrain. En d'autres termes, le défendeur qui invoque une exception, allègue un droit rival et indépendant de manière à paralyser ou à restreindre les prétentions du demandeur. On donne donc de l'exception une notion très exacte, quand on la définit une condition négative qui s'ajoute à la condition positive de la vérification du droit du demandeur, pour suspendre la condamnation du défendeur (*Gaius,* IV, 119. — L. 22, pr., D., *De except.*, 44-1).

Forme et procédure de l'exception. — A l'époque classique, l'exception était ordinairement inscrite dans la formule, à la suite de l'*intentio*, sous la forme d'une condition négative : *Si non convenit ne pecunia peteretur,* ou *nisi dolo malo factum sit, condemna*, etc. (*Gaius*, IV, 119) (1).

En règle générale, les exceptions devaient être proposées *in jure* et mentionnées par le magistrat dans la formule; sinon, le juge ne pouvait pas les prendre en considération. L'action délivrée sans exception s'appelait *judicium purum ;* dans le cas contraire, il portait le nom de *judicium conditionale*. Après la disparition du système formulaire, il est clair que la confusion des qualités de magistrat et de juge dans la même personne lui donnait le droit d'admettre *de plano* l'exception.

Il y avait cependant, même sous le système formulaire, certaines exceptions énergiques et vivaces que le défendeur pouvait omettre

(1) Mais, lorsque l'exception avait pour but de diminuer la condamnation, elle s'insérait dans la *condemnatio;* ainsi en était-il par exemple du bénéfice de compétence. Le magistrat après avoir donné au juge l'ordre de condamner ajoutait : *Duntaxat in id quod facere possit* (L. 7, D., *De except.*, 44-1).

impunément *in jure*, et qui étaient utilement invoquées même sur l'action *judicati*. Telles étaient les exceptions des sénatusconsultes Velléien et Macédonien, et probablement toutes celles qui constituaient des bénéfices dont on n'avait pas le droit de se démettre (L. 23, § 3, D., *De condict. indebiti*, 12-6; L. 11, D., *De senat. Maced.*, 14-6).

Preuve de l'exception. — Pour obtenir une condamnation, le demandeur doit faire la preuve de l'*intentio*, c'est-à-dire, en termes plus larges, de sa prétention. Mais, une fois l'*intentio* prouvée, c'est au défendeur à faire la preuve de l'exception, puisque c'est lui qui veut s'en prévaloir : *reus in excipiendo actor est*. Toutefois, on sait déjà que le défendeur, qui invoque l'exception *non numeratæ pecuniæ* en temps utile, n'a aucune preuve à fournir; c'est au demandeur à établir que la numération d'espèces a eu réellement lieu (L. 1, D., *De exceptionibus*, 44-1. — L. 3, C., *De non numerata pecun.*, 4-30; — *supra*, p. 113).

Réplique, duplique, etc. — La *replicatio* n'est qu'une seconde exception opposée par le demandeur à l'exception du défendeur. De même que l'exception suppose l'*intentio* vérifiée et lui est étrangère, de même la *replicatio* implique la preuve préalable de l'exception et se tire d'un fait extrinsèque. Entre autres exemples, il faut citer la *replicatio rei venditæ et traditæ*, qui paralyse l'exception *justi dominii*, opposée par le défendeur à la Publicienne (*supra*, p. 384).

De même, quand un débiteur invoque à titre d'exception un pacte de remise (*pactum de non petendo*), le créancier peut à son tour opposer en réplique un pacte ultérieur qui lui a rendu le droit de poursuivre (*pactum de petendo*) — (*Gaius*, IV, 126. — *Inst.*, L. IV, t. XIV, *De replicat.*, pr.).

A la *replicatio* répond quelquefois une *duplicatio* du défendeur; à celle-ci une *triplicatio* du demandeur, etc. Chacune d'elles est avec celle qui la précède dans le même rapport que l'exception avec l'*intentio* (F. V., § 259. — *Gaius*, IV, 127-129. — *Inst.*, L. IV, t. XIV, *De replic.*, §§ 1, 2, 3).

§ II.

Exceptions civiles ou prétoriennes.

Par leur origine, les exceptions, comme les actions, sont civiles ou prétoriennes. *Aliæ vel ex legibus, vel ex his quæ legis vicem obtinent substantiam capiunt, vel ex jurisdictione prætoris proditæ sunt* (*Gaius*, IV, 118. — *Inst.*, L. IV, t. XIII, *De except.*, § 7).

Toutes les exceptions primitives eurent sans doute leur fondement dans l'édit du préteur, puisqu'elles furent imaginées pour tempérer la rigueur du vieux droit civil. Le préteur trouva ainsi dans l'exception un des moyens principaux dont il se servit pour assouplir, étendre et corriger le droit civil. Il suffira de citer les exceptions *doli mali*, *metus causa*, *pacti conventi*, *juris-jurandi*, etc. (*Inst.*, L. IV, t. XIII, *De except.*, pr., § 1).

Mais le droit prétorien n'est pas l'unique source des exceptions, il en est aussi que créèrent successivement la jurisprudence, les lois, les sénatusconsultes et même les constitutions impériales.

1° La jurisprudence, c'est-à-dire le *jus civile*, dans son acception la plus technique, a lui-même organisé l'exception *justi dominii* que le véritable propriétaire peut opposer à l'action Publicienne.

2° Les lois ont également créé plusieurs exceptions, telles sont : l'exception *legis Cinciæ* relative aux donations et l'exception *nisi bonis cesserit* établie par la loi Julia sur la cession de biens.

3° Parmi les nombreuses exceptions dérivant des sénatusconsultes, on peut citer : l'exception du sénatusconsulte Trébellien (*exceptio restitutæ hereditatis*), l'exception du Velléien et l'exception du Macédonien.

4° Enfin, comme exemples d'exceptions provenant des constitutions impériales, nous indiquerons : l'exception de division, *si non et illi solvendo sint* que l'empereur Adrien introduisit en faveur des fidéjusseurs et l'exception *doli mali* que l'empereur Marc-Aurèle appliqua aux *judicia stricti juris* pour contraindre le demandeur à y subir la compensation.

Il peut sembler étrange que le législateur romain, au lieu d'abolir simplement les règles antérieures qui lui déplaisaient, ait pu se contenter souvent de les paralyser par des exceptions et de suivre ainsi la voie plus modeste des préteurs. Mais ce n'est là que l'ap-

plication d'un système dont l'esprit nous est déjà connu, et qui a bien sa grandeur. Rome ne voulait pas jeter la perturbation dans son droit antique; tout en organisant les moyens d'en éluder l'application pour des besoins nouveaux, elle en conservait de son mieux la lettre et l'ensemble. Elle aménageait à nouveau l'intérieur du vieil édifice, sans en altérer la façade (*Gaius*, II, 103, *in fine*).

§ III.

Exceptions in factum ou générales.

Les exceptions ne comportent pas de division analogue à la classification des actions *in jus* et *in factum*; car les moyens tirés du droit civil constituent presque toujours de véritables défenses au fond. Mais, comme au nombre des actions prétoriennes, qui sont *in factum*, il y en a qu'on appelle plus spécialement *in factum*, pour les distinguer des autres qui ont une portée plus générale; de même il est des cas où l'exception s'appelle techniquement *in factum*, par opposition à d'autres exceptions plus larges. C'est en ce sens que Gaius nous dit : *Exceptiones autem alias in edicto prætor habet propositas, alias causa cognita accommodat* (*Gaius*, IV, 118).

L'exception est dite *in factum* lorsque le préteur la rédige *causa cognita* suivant les circonstances de la cause et d'après les besoins de l'affaire; elle précise le fait allégué par le défendeur, sans attacher à ce fait un caractère de fraude; par exemple : *nisi de non petendo pactum sit, condemna*. Dans cette hypothèse, le juge a pour toute mission de vérifier l'existence ou l'inexistence du fait luimême.

D'autres fois, le libellé de l'exception ne précise aucun fait particulier : la formule est alors arrêtée d'avance dans l'édit, *in albo proposita*. Par exemple, *nisi quid contra legem Cinciam factum sit, condemna*; le juge doit alors rechercher s'il a été commis une violation quelconque de cette loi. Ou bien, *si in ea re nihil dolo malo factum sit, neque fiat, condemna*; le juge doit ici, non-seulement vérifier les faits allégués par le défendeur, mais encore en apprécier la moralité et la gravité. Comme on le voit, l'*exceptio doli mali* comprend, et le dol qui a pu entacher la conduite antérieure du demandeur, et le dol qui peut entacher sa poursuite actuelle.

L'intérêt du défendeur à choisir l'une ou l'autre de ces deux formes variait avec les circonstances. Quand l'exception reposait sur un fait bien précis et d'une preuve facile, mieux valait pour lui qu'elle fût rédigée *in factum*. Quand l'exception reposait moins sur tel ou tel fait déterminé que sur un ensemble de circonstances, mieux valait qu'elle fût conçue en termes généraux, notamment *de dolo*. L'appréciation du juge sur la pertinence et l'honnêteté des faits était indifférente dans le premier cas, décisive dans le second.

Mais le défendeur n'avait pas toujours l'option entre les deux formes. Car, on lui refusait l'exception de dol contre les personnes qu'il n'aurait pu poursuivre par l'action de dol; c'était entre autres son ascendant ou son patron. En face d'un tel adversaire, qui avait droit à sa *reverentia*, il devait se contenter d'une exception *in factum*, parce que l'exception de dol eût été infamante pour le demandeur (L. 4, § 16, D., *De doli mali*, 44-4).

Il fallait pareillement recourir à l'exception *in factum*, quand le demandeur avait ignoré le fait qui lui était opposé (L. 2, § 5, D., *De doli mali*, 44-4).

Les exceptions *in factum*, puisqu'elles énoncent toujours une circonstance précise et particulière, ne sauraient figurer nominativement dans l'édit, *in albo propositæ*, elles se donnent toujours *causa cognita* (*Gaius*, IV, 118) (1).

D'ailleurs, le préteur pouvait aussi, grâce à un changement de rédaction dans la formule, appliquer une exception générale contenue dans l'édit à un cas spécial pour lequel elle n'avait pas été créée primitivement; l'exception était alors dite *utilis* (L. 21, D., *De præscriptis verbis*, 19-5) (2).

(1) Il y a là une distinction analogue à celle de la *bonorum possessio edictalis* et de la *bonorum possessio decretalis* (*Voir* t. I, p. 427).

(2) Le mot *utilis* avait encore un autre sens bien différent; il se disait aussi d'une exception susceptible de réussir *in judicio* parce qu'elle n'était point paralysée par une *replicatio* du demandeur (L. 16, D., *De except.*, 44-1).

§ IV.

Exceptions rei ou personæ cohærentes.

En se plaçant au point de vue de leur étendue d'application, les exceptions sont *rei cohærentes* ou *personæ cohærentes* (*Inst.*, L. IV, t. XIV, *De replicationibus*, § 4).

L'exception est *in rem* ou *rei cohærens*, lorsque, dégagée de toute considération de personnes, elle affecte directement le droit du demandeur, sans se restreindre à telle personne déterminée. Pour préciser, on la dit *in rem* passivement, quand elle est opposable à tout demandeur; on la dit au contraire *in rem* activement, quand elle peut être invoquée par tout intéressé, notamment par tout coobligé principal ou accessoire (L. 7, § 1, D., *De except.*, 44-1).

A l'inverse, dans le langage des textes, l'exception est *in personam* ou *personæ cohærens* lorsqu'elle provient de quelque considération exclusivement propre à la personne du défendeur. Elle est *in personam* activement quand elle n'est invocable que par la personne même de tel défendeur ou par ses héritiers, non par ses coobligés. L'exception est au contraire *personæ cohærens* passivement, quand elle n'est opposable qu'à tel demandeur ou à ses héritiers, sans pouvoir être opposée à personne autre.

Dès lors, il est visible que la même exception peut être *in rem* par un côté, et *in personam* par l'autre.

Exemples. — Ainsi l'exception *quod metus causa* est *in rem* aux deux points de vue; activement, parce qu'elle peut être invoquée par tout intéressé; passivement, parce qu'elle peut être opposée à quiconque veut profiter de la violence. L'exception *doli mali* est *in rem* activement, *in personam* passivement; au contraire, l'exception *nisi bonis cesserit* est *in rem* passivement, *in personam* activement (L. 7, § 1, D., *De except.*, 44-1; L. 2, §§ 1, 2; L. 4, § 33, D., *De doli mali*, 44-4).

L'exception résultant du pacte *de non petendo* consenti à tel débiteur, et le bénéfice de compétence, sont essentiellement *personæ cohærentes;* ils vont même jusqu'à n'être pas transmissibles aux héritiers de l'obligé (L. 25, § 1, D., *De pactis*, 2-14; L. 7, pr., D., *De except.*, 44-1).

Ce n'est que l'étude attentive de chaque exception qui démontre clairement quelle est son étendue d'application. Si l'on veut poser néanmoins une règle à peu près générale, on peut dire que le caractère habituel de l'exception est d'être *in rem* activement. En d'autres termes, née dans la personne d'un obligé, elle est le plus souvent invocable par ses fidéjusseurs ou coobligés (L. 32, D., *De pactis*, 2-14; L. 7, § 1, D., *De except.*, 44-1; L. 2, § 2, D., *Quarum rerum actio*, 44-5). — *Inst.*, L. IV, t. XIV, *De replicat.*, § 4).

§ V.

Exceptions fondées ou non sur l'équité.

Gaius et Justinien donnent une idée trop étroite des exceptions en leur assignant pour unique raison d'être et pour objet immuable le désir de sauvegarder l'équité (*Gaius*, IV, 116. — *Inst.*, L. IV, t. XIII, *De except.*, pr.).

La plupart des exceptions ont, il est vrai, cette destination, et c'est ainsi d'ailleurs qu'on explique leur introduction dans la procédure romaine; mais il en est quelques-unes, tout aussi légitimes, qui reposent sur des nécessités d'un autre ordre et qui ont été établies dans un autre but. Telle est notamment la célèbre exception *rei judicatæ* (*infra*, p. 495); telles sont encore les exceptions du sénatusconsulte Macédonien, *jurisjurandi*, *justi dominii*.

On connaît déjà le principal intérêt de cette distinction. Les exceptions fondées sur l'équité se trouvent sous-entendues dans les actions *bonæ fidei*; car l'*intentio* de la formule, en prescrivant au juge de statuer *ex æquo et bono*, lui soumet naturellement l'appréciation du dol, qui est incompatible avec la bonne foi. Mais dans toute autre action, ces exceptions ne sont pas sous-entendues et doivent s'exprimer. Il en est ainsi même des actions réelles, malgré leur nature d'arbitraires, lorsque le possesseur veut arguer du dol ou de la violence (*Gaius*, IV, 117. — L. 21, D., *Soluto matr.*, 24-3; L. 3, D., *De rescind. vend.*, 18-5. — *Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, §§ 30, 32, 33, 34) (1).

(1) Il convient cependant de rappeler que l'*exceptio doli* finit par être sous-entendue dans la pétition d'hérédité et c'est vraisemblablement pour cela que Justinien cite cette action parmi les *judicia bonæ fidei* (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 28).

Quant aux exceptions non fondées sur l'équité, il est toujours nécessaire que le préteur les insère dans la formule; le juge ne peut en tenir compte que lorsqu'il y est formellement invité par les parties.

Cette distinction tient surtout à la forme, et n'a toute son importance qu'au temps du régime formulaire.

§ VI.

Exceptions perpétuelles ou temporaires.

Au point de vue de leurs effets, les exceptions sont perpétuelles et péremptoires ou temporaires et dilatoires; *dicuntur etiam exceptiones aut peremptoriæ aut dilatoriæ* (*Gaius*, IV, 120. — *Inst.*, L. IV, t. XIII, *De except.*, § 8).

Est perpétuelle ou péremptoire (*perpetua et peremptoria*) l'exception qui permet à toute époque de repousser l'action. Est au contraire temporaire ou dilatoire (*temporalis et dilatoria*) l'exception qui n'a que durant un certain temps la force de repousser l'action (*Gaius*, IV, 121, 122. — *Inst.*, L. IV, t. XIII, *De except.*, §§ 9, 10).

Il faut se garder ici d'une erreur facilitée par les souvenirs de la procédure française. Chez nous, l'exception péremptoire amène seule l'absolution du défendeur, et l'exception dilatoire n'a d'autre effet que de contraindre le juge à surseoir. Sous le régime formulaire, au contraire, toute exception, soit péremptoire ou perpétuelle, soit dilatoire ou temporaire, une fois insérée dans la formule conduisait à l'absolution totale ou partielle du défendeur et par conséquent à la ruine de l'action, puisqu'elle n'était pas renouvelable (*supra*, p. 351).

Ainsi, dans la langue classique des Romains, la différence ne venait pas des conséquences mêmes que l'exception devait produire *in judicio*, mais seulement du délai qui était ouvert pour l'invoquer utilement *in jure*. En deux mots, il serait exact de dire que toute exception était péremptoire; seulement le demandeur pouvait, en différant sa poursuite, se dérober aux effets destructifs de l'exception temporaire, tandis que l'exception perpétuelle lui barrait le passage à toute époque (*Gaius*, IV, 123).

Justinien modifia gravement ce point de droit, en étendant aux exceptions la constitution de Zénon relative à la *plus-petitio tem-*

pore (*Inst.*, L. IV, t. XIII, *De except.*, § 10; — *supra*, p. 467).

1° Le débiteur, s'il paie dans l'ignorance d'une exception perpétuelle qui existe à son profit, peut intenter la *condictio indebiti*. Le même bénéfice ne s'attache pas à l'exception temporaire (L. 26, § 3, D., *De condict. indeb.*, 12-6).

2° Le magistrat répare ordinairement, par une *restitutio in integrum*, l'oubli du défendeur qui a négligé de réclamer l'insertion d'une exception perpétuelle dans la formule. Il est douteux que l'omission d'une exception temporaire donne droit au même recours (*Gaius*, IV, 125) (1).

Des principales exceptions perpétuelles et notamment de l'exception rei judicatæ. — Plusieurs exceptions perpétuelles nous sont déjà connues, et ne sauraient nous arrêter longtemps.

Telles sont les exceptions *doli mali*, *quod metus*, *in factum*, accordées à la personne qui s'est obligée sous l'empire du dol, d la violence ou de l'erreur. On sait déjà que les deux premières ne font pas double emploi l'une avec l'autre (2); car il est possible d'invoquer l'exception *quod metus* dans certains cas où l'exception *doli mali* serait inadmissible. Quant à l'erreur, lorsqu'elle n'est pas le résultat d'une manœuvre dolosive, elle n'engendre qu'une exception *in factum*. Encore faut-il que l'erreur ne soit pas destructive de tout consentement; car il n'y aurait alors ni obligation ni action, et conséquemment aucune exception ne serait nécessaire; la réclamation du demandeur serait repoussée *ipso jure* (*Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 23; L. IV, t. XIII, *De except.*, § 1).

Est encore perpétuelle l'exception *juris-jurandi*, dont il a été question à propos de l'action *de jurejurando*. L'emploi de cette exception suppose que le fait de la délation et de la prestation du serment est contesté devant le préteur. S'il n'y avait pas de débat sur ce fait, le magistrat refuserait l'action (L. 9, D., *De jurejurando*, 12-2; — *supra*, p. 416).

(1) Faisons observer ici que l'exception tirée du pacte *de non petendo* (*supra*, p. 300) est perpétuelle ou temporaire, selon que le créancier a renoncé pour toujours à sa poursuite, ou seulement donné un délai à son débiteur (*Inst.*, L. IV, t. XIII, *De except.*, § 10).

(2) Il n'est pas indifférent de se prévaloir du dol ou de la violence par le moyen de l'action ou par le moyen de l'exception; car l'action est annale dans une certaine mesure, tandis que l'exception est perpétuelle. De là vient la règle *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* (L. 5, § 6, D., *De doli mali*, 44-4).

Telle est encore l'exception ***rei in judicium deductæ***, qui se rattache à la théorie déjà présentée de la ***litis contestatio***. On a vu que la ***litis contestatio*** éteint le droit du demandeur, ***ipso jure*** dans les actions ***in jus in personam*** et constitutives d'un ***judicium legitimum***, dans tous les autres cas ***exceptionis ope*** (***supra***, p. 351).

Supposons que Titius et Seius soient mes débiteurs en qualité de ***correi promittendi***. Je poursuis Titius; mais avant la sentence et depuis la ***litis contestatio***, je m'aperçois qu'il est insolvable, et je veux arrêter ma poursuite jusqu'à des temps meilleurs, ou me retourner contre Seius. Si ma première action réunissait les trois conditions précitées, le préteur m'en refusera une seconde; dans le cas contraire, une seconde action me sera délivrée, mais affectée de l'exception qu'on appelle ***rei in judicium deductæ*** (***Gaius***, III, 181; IV, 106, 107, 121).

Après ces effets de la ***litis contestatio*** viennent les effets de la sentence; ils produisent une exception beaucoup plus célèbre, l'exception ***rei judicatæ***.

De la res judicata en général. — On appelle chose jugée (***res judicata***) le jugement devenu irrévocable, celui qui n'est plus susceptible d'aucune voie de recours.

La chose jugée est réputée l'expression de la vérité; elle fait droit entre les parties : ***res judicata pro veritate habetur, jus facit.*** Ce n'est point là un principe de raison pure et de parfaite équité; c'est un principe d'ordre social, qui protège sans distinction les bons et les mauvais jugements. Car les procès doivent avoir une fin, et, puisqu'on organise une autorité judiciaire, il faut de toute nécessité marquer une limite où ces décisions deviendront inattaquables (L. 25, D., ***De statu hominum***, 1-5; L. 6, D., ***De except.***, ***rei judicatæ***, 44-2; L. 207, D., ***De regulis juris***, 50-17. — Conf., C. C., art. 1350, 3°; 1351).

Effets indirects de la chose jugée, et de l'exception rei judicatæ. — L'effet indirect de la chose jugée consiste dans l'impossibilité de la remettre en question, chaque partie a le droit de s'en prévaloir en ce sens contre l'adversaire qui, par une action nouvelle, entreprendrait de ressusciter l'ancien débat. Comment cette règle entre-t-elle en pratique?

Cas d'application de l'exception rei judicatæ. — A l'époque des ***legis actiones***, l'action une fois intentée était épuisée. On ne pouvait donc pas la recommencer, et l'on n'avait nul besoin du secours

des exceptions, qui n'étaient pas d'ailleurs en usage à cette époque, *qua de re semel actum erat, de ea postea ipso jure agi non poterat* (*Gaius*, IV, 108).

Sous le régime formulaire se présente une distinction qui nous est familière. S'agit-il d'une action *concepta in jus, in personam* et déduite dans un *judicium legitimum*, alors, de même que la *litis contestatio* éteint l'obligation primitive et lui en substitue une seconde, de même la sentence éteint l'obligation née de la *litis contestatio;* il ne survit donc aucun droit, l'action est consommée, et nulle exception n'est utile pour repousser une poursuite désormais impossible. Mais s'agit-il d'une action *in rem*, ou d'une action *in factum*, ou d'un *judicium imperio continens*, alors, pour des raisons déjà signalées à propos de la *litis contestatio*, il ne s'opère aucune novation du droit primitif; le demandeur en reste donc investi théoriquement malgré la sentence, et l'exception *rei judicatæ* devient indispensable pour arrêter une nouvelle poursuite de sa part (*Gaius*, IV, 106-107).

Toutes ces distinctions liées au système des formules, n'existent plus sous Justinien. Le principe des *judicia imperio continentia* l'emporte, et l'exception *rei judicatæ* est toujours nécessaire contre le renouvellement d'une action déjà tranchée par une sentence irrévocable (*Inst.*, L. IV, t. XIII, *De except.*, § 5).

En résumé, la chose jugée pouvait opérer *ipso jure* dans le droit classique, mais opère toujours *exceptionis ope* à la fin de la législation romaine.

Conditions de l'exception rei judicatæ. — Pour que l'exception de chose jugée puisse d'ailleurs être invoquée, il faut qu'une action nouvelle tente de recommencer l'ancien débat entre les mêmes parties. En d'autres termes, la *res judicata* n'est invocable qu'à trois conditions : il doit y avoir identité de parties, identité d'objet et identité de cause (L. 7, § 4; L. 27, D., *De except. rei judic.*, 44-2).

I. — *Il faut d'abord l'identité des parties* (*eadem conditio personarum*). — Les jugements, comme les conventions, ne produisent d'effet qu'entre ceux qui y ont pris part. Car, il va de soi qu'un plaideur ne doit ni profiter ni souffrir d'une sentence antérieure qui ne le concernait pas : *res inter alios judicata aliis nec nocet, nec prodest* (L. 63, D., *De re judicata*, 42-1. — Conf., C. C., art. 1351).

L'identité dont il s'agit ici n'est pas une identité physique, mais une identité juridique. C'est ainsi qu'un seul et même plaideur

peut jouer successivement les rôles de deux parties différentes; ainsi quand j'ai vainement revendiqué une chose en qualité de tuteur ou de mandataire, je suis admis, sans craindre l'exception *rei judicatæ*, à la revendiquer en mon nom propre, ou réciproquement.

A l'inverse, plusieurs plaideurs distincts peuvent ne former qu'une partie et se trouver liés par une sentence rendue précédemment contre l'un deux. Par exemple, le père de famille et les enfants sous sa puissance, ou le défunt et ses héritiers, ont une seule et même personnalité. Rentrent aussi dans cette règle tous les successeurs même particuliers, lorsque la sentence est antérieure à l'événement qui leur a fait recueillir le droit d'autrui; ainsi le créancier hypothécaire est tenu de respecter les jugements rendus contre le constituant avant la constitution d'hypothèque (L. 3, § 1, D., *De pignoribus*, 20-1; L. 11, §§ 3, 8, D., *De except. rei judic.*, 44-2. — *Inst.*, L. II, t. XVIII, *De inoff. test.*, § 4).

En général, lorsqu'un procès a lieu par représentant, la véritable partie est le représenté. De là résulte que le jugement rendu sur une action *popularis* produit effet à l'égard de tous les citoyens, parce que le demandeur y représente l'ensemble du corps social (L. 45, § 1, D., *De procurat.*, 3-3; L. 11, § 7, D., *De excep. rei judic.*, 44-2; L. 3, pr., D., *De popul. act.*, 47-23).

Le principe que l'autorité de la chose jugée se restreint entre les parties en cause reçoit cependant quelques dérogations :

1° L'indivisibilité du droit en est le motif ordinaire. On se rappelle, en effet, la force absolue des sentences régulièrement intervenues sur une question d'état (*supra*, p. 426). Il en est de même de ce qui est jugé sur une servitude avec un des copropriétaires qui en sont investis ou tenus, sauf l'action *de dolo* pour l'hypothèse de collusion (L. 4, §§ 3, 4, D., *Si servitus vindicet*, 8-5; L. 3, D., *De agn. vel alend. lib.*, 25-3).

2° Le jugement qui reconnaît à quelqu'un la qualité d'héritier a force obligatoire à l'égard des légataires, créanciers ou débiteurs de la succession, réserve faite encore du cas de connivence. La raison en est que les créances et les dettes sont des éléments constitutifs de l'hérédité, comme les legs en sont la charge nécessaire; les uns et les autres doivent donc suivre l'héritier (L. 17, § 1; L. 18, D., *De inoff. test.*, 5-2; L. 5, § 1; L. 14, pr., § 1, D., *De appell.*, 49-1. — Conf., C. C., art. 800).

II. — *Il faut en second lieu l'identité d'objet* (*idem corpus, eadem*

quantitas). — Autrement dit, la nouvelle demande doit avoir le même objet que l'ancienne action.

Par suite de cette idée, la personne qui a échoué dans la réclamation d'une chose n'en peut plus demander une partie divise ou indivise; car l'ancien jugement, en refusant la chose au demandeur, la lui refuse nécessairement tout entière et dans chacune de ses parties, puisque les parties sont comprises dans le tout. Ainsi, je ne serai pas admis, après avoir inutilement revendiqué un champ, à réclamer les arbres coupés sur ce fonds, les alluvions, les îles nées dans le fleuve voisin, etc. (L. 7, pr.; L. 21, § 1; L. 26, § 1, D., *De except. rei judic.*, 44-2).

Mais si l'on a commencé par demander sans succès une portion d'une chose, ou la propriété d'un fonds, on est encore admis à demander, dans le premier cas, la portion restante de la chose; dans le second cas, un droit réel à titre de servitude sur le fonds d'autrui, etc. De même, celui qui a succombé dans un procès sur la possession peut encore plaider sur la propriété; celui qui a vainement réclamé l'*iter* peut encore demander l'*actus* (L. 11, § 6; L. 14, §§ 1, 3; L. 21, § 3, D., *De except. rei judic.*, 44-2).

III. — *Il faut enfin l'identité de cause* (*eadem causa petendi*). — La cause est la même, quand la seconde demande est fondée sur le même droit que la première; dans cette hypothèse, il y a lieu à l'exception de chose jugée, malgré la diversité des arguments ou des moyens de preuve. Souvent, en effet, à l'occasion d'un même droit, on a le choix entre plusieurs actions qui ne se cumulent pas; par exemple, l'acheteur d'un animal entaché de vices rédhibitoires a l'option entre l'action *redhibitoria* et l'action *quanti minoris;* le copropriétaire d'un fonds héréditaire a l'option entre l'action *familiæ erciscundæ* et l'action *communi dividundo*, etc. Dans ces circonstances, après la sentence rendue sur l'une des actions, il y a *res judicata* pour les autres (L. 8; L. 25, § 1, D., *De except. rei jud.*, 44-2).

Néanmoins, lorsque la seconde demande est fondée sur un droit différent, la cause n'est plus la même. Ainsi, celui qui a vainement allégué la qualité de propriétaire dans une revendication, peut alléguer ensuite la qualité de créancier dans une *condictio;* celui qui a vainement invoqué une vente, peut invoquer ensuite une stipulation, etc. La justice se trouve alors en présence de prétentions essentiellement différentes, et l'exception de chose jugée ne sera plus

un obstacle (L. 14, § 2; L. 31, D., *De except. rei jud.*, 44-2).

A ce point de vue, les actions réelles se heurtent plus facilement que les actions personnelles à l'exception de chose jugée. L'action réelle est générale de sa nature, en se sens qu'elle embrasse d'un coup toutes les causes d'acquisition du droit réel; car, une fois propriétaire, ou titulaire d'une servitude, on ne saurait le devenir davantage par un nouveau mode d'acquérir. Dès lors, en intentant une action réelle, on soumet à la fois au juge tous les titres qui la fondent; *omnes causæ una petitione adprehenduntur*. Aussi le jugement rendu contre le demandeur lui dénie absolument le droit réel, et la poursuite ultérieure de sa part irait à l'encontre de la sentence et recommencerait un débat définitivement tranché (L. 14, § 2, D., *De except. rei jud.*, 44-2) (1).

Mais la règle cesse avec son motif : 1° lorsque le demandeur a soin, dans la première demande, d'agir *expressa causa*, c'est-à-dire d'indiquer nettement la cause d'acquisition sur laquelle il se fonde; cette indication de la *causa petendi* faisait probablement l'objet d'une *præscriptio a parte actoris*; 2° lorsque le demandeur invoque dans la seconde poursuite une cause d'acquisition postérieure à la *litis contestatio* du premier procès (L. 11, §§ 2, 4, D., *De except. rei jud.*, 44-2).

Pour conclure, il faut dire que l'exception de chose jugée nécessite, outre l'identité des parties, l'identité du débat dans ses deux éléments de l'objet et de la cause. Or, il y a identité du débat, toutes les fois qu'en admettant un jugement conforme à la nouvelle demande, ce jugement reproduirait ou contrarierait l'ancien.

Effets directs de la chose jugée et de l'action judicati. — Les effets directs de la chose jugée sont l'*absolution* ou la *condamnation* du défendeur. La première laisse les parties dans le *statu quo*. La seconde crée, au profit du demandeur et à la charge de son adversaire, une obligation nouvelle, *judicatum facere oportere* (*Gaius*, III, 180, *in fine*; — *supra*, p. 357).

C'est à cette obligation nouvelle que correspond l'*actio judicati*. Distincte de l'action originaire du demandeur, et bien que celle-ci fût parfois intransmissible ou temporaire, elle passait toujours aux héritiers et durait trente ans (*Paul*, S., L. I, t. II, § 4. — L. 6, § 3, D., *De re judicata*, 42-1).

(1) C'est là sans doute ce qui nous explique l'absence habituelle de *demonstratio* dans la formule des *vindicationes*.

Elle offre les deux traits suivants : 1° le condamné jouit d'un délai de grâce de quatre mois pour exécuter la condamnation (*tempus judicati*); après ce délai, il doit les intérêts légaux au double; 2° elle ne soumet au juge que la question de fait de savoir s'il y a chose jugée; par suite, le condamné, pour se défendre sur cette action, doit établir que le jugement est nul ou n'existe pas, que le délai d'appel ou d'exécution n'est pas écoulé, ou que le demandeur a reçu déjà satisfaction (L. 75, D., *De judiciis*, 5-1; L. 4, § 7; L. 7, D., *De re judicata*, 42-1. — L. 1; L. 2; L. 3, C., *De usuris rei judic.*, 7-54).

Principales exceptions temporaires. — Les exceptions peuvent être dilatoires *ex tempore* ou *ex persona* (*Gaius*, IV, 124. — *Inst.*, L. IV, t. XIII, *De except.*, § 11).

Exceptions dilatoires ex tempore. — Ce sont celles que le demandeur peut éviter en ajournant sa demande pendant un certain temps.

La plus célèbre des exceptions dilatoires *ex tempore* est l'exception *non numeratæ pecuniæ*, précédemment étudiée.

Comme on l'a vu, cette exception ne se rencontrait qu'à l'occasion du contrat littéral et de la stipulation, et visait une hypothèse où l'exception de dol aurait pu s'employer. Mais l'exception *non numeratæ pecuniæ* avait un double avantage. D'abord elle était *in factum*. Ensuite et surtout, par dérogation à la règle générale *reus in excipiendo fit actor*, le défendeur qui excipait du défaut de numération des espèces n'avait pas à justifier de ce fait négatif, et mettait le demandeur dans la nécessité de prouver qu'il avait compté les valeurs. On se rappelle aussi que le délai pour l'invoquer, porté d'un an à cinq ans par Dioclétien, fut restreint à deux ans par Justinien; seulement le débiteur pouvait agir lui-même, avant ce terme, pour obtenir libération de la promesse qui lui avait été surprise. Dans le dernier état du droit, le défendeur qui élève l'exception *non numeratæ pecuniæ* est condamné au double, si le demandeur parvient à le convaincre de mensonge (L. 3; L. 9; L. 14, C., *De non numerata pecun.*, 4-30. — *Inst.*, L. IV, t. XIII, *De except.*, § 2. — Nov. 18, ch. 20; — *supra*, p. 113).

Les exceptions *rei residuæ* et *litis dividuæ* sont également dilatoires *ex tempore*. Elles ont pour objet de mettre obstacle à la multiplication des procès, et d'amener les plaideurs à vider dans une même instance toutes leurs contestations actuelles (*Gaius*, IV, 122).

Le demandeur qui n'a réclamé qu'une partie de ce qui lui était dû ne peut réclamer le surplus durant la même préture, sous peine de briser son action contre l'exception *rei residuæ*. Le demandeur investi de plusieurs causes d'action contre une même personne, s'il ne les exerce pas toutes à la fois, devra pour les autres attendre une nouvelle préture; autrement sa poursuite serait écartée par l'exception *litis dividuæ* (*Gaius*, IV, 123. — *Inst.*, L. IV, t. XIII, *De except.*, § 10) (1).

Exceptions dilatoires ex persona. — Les exceptions peuvent encore être dilatoires *ex persona*; telles sont les *exceptiones cognitoria* et *procuratoria*. Elles sont dilatoires en ce sens que le demandeur les évite, non pas en agissant après un délai donné, mais en se faisant représenter par telle personne plutôt que par telle autre. Car la capacité de représenter autrui en justice, ou de constituer un représentant, n'appartenait pas au premier venu (*supra*, p. 480).

Si donc on avait fait choix d'un *cognitor* ou d'un *procurator* inhabile à remplir ce rôle, ou si le choix émanait d'un incapable, le défendeur opposait l'une ou l'autre de ces deux exceptions. Le demandeur s'y dérobait en plaidant lui-même ou choisissant un représentant régulier. Mais il fallait opérer ce changement *in jure;* car, une fois la formule délivrée, l'effet de l'exception prouvée serait de produire une absolution totale et définitive (*Gaius*, IV, 124. — *Inst.*, L. IV, t. XIII, *De except.*, § 11).

CHAPITRE XXIX.

INTERDITS.

(*Inst.*, L. IV, t. XV.)

Comme les actions proprement dites, les interdits classiques étaient aussi des formules (*formæ atque conceptiones verborum*) dont usait le magistrat pour mettre fin à des contestations entre particuliers. Mais on doit distinguer avec soin les actions et les interdits (*Gaius*, IV, 139, 140. — *Inst.*, L. IV, t. XV, *De interdictis*, pr.).

(1) L'exception *pacti*, provenant d'un pacte *de non petendo intra tempus*, est également une exception dilatoire *ex tempore*.



§ I.

Origine et nature des interdits.

Nature des interdits. — Le préteur n'a pas seulement la *jurisdictio*, c'est-à-dire la mission de procéder aux actes légaux de juridiction contentieuse ou gracieuse. Il a aussi dans une certaine mesure l'*imperium*, c'est-à-dire le pouvoir d'ordonner ou de prohiber. Ce pouvoir est mis en pratique, tantôt par l'émission d'ordres ou de prohibitions qui constituent un règlement porté pour tous à l'avance, tantôt par l'émission, dans telle affaire spéciale, d'un ordre ou d'une prohibition qui ne s'adresse qu'aux parties intéressées. Dans le premier cas, le préteur fait ce qu'on appelle un édit, *edictum;* dans le second cas, il fait ce qu'on appelle un interdit, *interdictum, dictum inter duos* (*Inst.*, L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 1).

L'interdit se définit donc : un décret rendu sur la demande d'une partie, à Rome par le préteur, en province par le gouverneur, pour ordonner ou prohiber quelque chose. L'interdit est pour ainsi dire un frère de l'édit; l'un et l'autre sont les sources du droit prétorien, et ne diffèrent que par l'étendue de l'application. Aussi Gaius nomme-t-il l'interdit *edictum prætoris* (*Gaius*, IV, 141, 166).

Une fois l'interdit rendu, de deux choses l'une : ou l'adversaire y obéit, et l'affaire est alors terminée; ou l'adversaire refuse de l'exécuter, alors la partie qui l'avait obtenu réclame du magistrat une action, et le juge reçoit la mission de vérifier les faits et de condamner ou d'absoudre suivant les circonstances. Cette action est *in factum;* l'*intentio* en est naturellement conçue dans les termes mêmes de l'interdit qu'il s'agit d'appliquer, et l'on y admet sans doute des exceptions ou des répliques (*Gaius*, IV, 166).

Les interdits et les actions proprement dites peuvent donc aboutir souvent au même résultat; mais il existe entre eux de graves différences.

Par son origine, l'interdit émane de l'*imperium mixtum* du préteur; l'action relève, au contraire, de la *jurisdictio*. Par son objet, l'interdit est une disposition impérative ou prohibitive qui tranche le débat entre parties, soit en prévenant le procès quand elle est observée, soit en faisant la loi du procès quand il s'élève; l'action,

au contraire, ne préjuge rien au fond, et pose seulement au juge une question qu'il lui faudra résoudre. Enfin, par sa nature, l'interdit n'est pas l'action et n'en tient pas lieu, puisqu'il lui donne naissance et lui sert de base (*Gaius*, IV, 162, 163, 164, 165).

En résumé, l'interdit se traduit par un ordre actuel adressé à un individu déterminé pour lui imposer une obligation envers celui qui a sollicité et obtenu l'*interdictum*. Tel est le sens d'un fragment célèbre d'Ulpien : *Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen personalia sunt* (L. 1, § 3, D., *De interdictis*, 43-1).

Tous les interdits sont donc *personnels*, alors même qu'ils figurent dans l'édit sous forme de règles générales, *in rem concepta*. C'est qu'en effet l'interdit suppose toujours un ordre spécial, rendu *in personam*, contre une personne désignée, et constitue ainsi à la charge de cette personne une véritable obligation.

Origine des interdits. — Il reste à se demander pourquoi le préteur suivait, dans certaines circonstances, le préalable de l'interdit au lieu de délivrer directement une action.

La délivrance d'une action suppose la violation d'un droit reconnu par une loi. Mais dans toutes les sociétés, surtout à leur début, il y a des relations importantes et respectables en elles-mêmes, que ne sanctionne pas la législation positive. Ainsi, lorsque la vieille Rome faisait aux patriciens des concessions de l'*ager publicus*, ils n'en avaient pas la propriété quiritaire; dès lors privés des actions inhérentes à la propriété, ils avaient besoin de l'intervention du préteur pour écarter le trouble et défier l'usurpation. De même, l'usage des *res communes*, *publicæ*, *universitatis*, établi en faveur de tous, ne constituait un droit proprement dit et distinct au profit de personne; il ne pouvait donc engendrer une action privée. Enfin la possession, si digne de protection dans un État bien organisé, ne dut être, à l'origine, qu'un simple fait non juridique. Qu'on suppose ces intérêts en butte à des attaques; faute de moyens légaux, ils n'auront d'autre défense que la force, et la guerre entre citoyens bouleversera la cité, si le magistrat n'interpose son autorité pour maintenir la paix publique (*Gaius*, IV, 139).

En définitive, quand le silence de la loi civile empêchait le préteur d'exercer entre particuliers sa *jurisdictio* ou mission judiciaire, il recourait à son *imperium* ou pouvoir de police et prononçait une injonction personnelle; c'était l'interdit. Sans doute il s'enhardit

peu à peu jusqu'à combler les lacunes de la loi proprement dite par cette sorte de loi prétorienne qu'on appelle l'édit; mais l'interdit n'en resta pas moins en usage dans les affaires où cette marche avait été précédemment observée.

Tels que nous venons de les concevoir, les interdits doivent remonter aux premiers temps de la procédure romaine, au système des actions de la loi. Il est impossible d'ailleurs de préciser en quoi ces vieux procédés juridiques différaient des interdits de l'époque suivante (Cicéron, *Pro Cæcina,* 16).

Transformation et désuétude des interdits. — A l'origine, le magistrat rendait un interdit spécial pour chaque affaire. Mais comme les occasions de recourir à cette voie de droit se reproduisaient souvent, les préteurs finirent par inscrire dans l'édit, *in albo*, la formule générale et arrêtée d'avance de tel ou tel interdit qu'ils promettaient de donner dans telle ou telle circonstance. Alors dans les cas ainsi prévus, on prit l'habitude de réclamer au magistrat, en vertu des dispositions de l'édit, l'action qu'il n'eût autrefois délivrée qu'à la suite d'un interdit spécial. En résumé, au lieu de venir deux fois à son prétoire, la première pour obtenir l'interdit, la seconde pour obtenir l'action contre le contrevenant, on demanda de prime-abord le droit de poursuivre la personne qui violait l'injonction contenue dans l'*edictum prætoris.*

Plus tard, à l'époque où la *datio judicis* n'émana plus des préteurs, les parties portèrent directement devant la juridiction compétente leurs contestations de tout genre. Autrement dit, on s'adressait sans intermédiaire au juge pour obtenir la protection des droits que le magistrat d'autrefois aurait garantis par un décret particulier. Les interdits prirent donc un autre aspect; on dut y voir des dispositions de la législation prétorienne, qui étaient devenues de véritables actions (*Gaius*, IV, 139).

Aussi grâce à ces transformations successives, les interdits proprement dits n'existaient plus au temps de Justinien; ils ont été remplacés par des actions véritables : *Sequitur ut dispiciamus de interdictis seu actionibus quæ pro his exercentur* (*Inst.*, L. IV, t. XV, *De interdictis*, pr., § 8).

Divisions des interdits. — Les interdits reçoivent diverses classifications. Quand on les examine de haut, les uns appartiennent au droit public ou sacré, les autres au droit privé. A la tête de ces derniers se trouvent les interdits possessoires ou quasi-possessoires,

qui nous offrent seuls un sérieux intérêt (L. 1; L. 2, D., *De interdictis*, 43-1).

Considérés de plus près, les interdits peuvent se diviser au point de vue de leur but, de leur procédure, et de leur objet. Au point de vue du but poursuivi, ils sont : *prohibitoires, restitutoires, exhibitoires;* au point de vue de la procédure, ils sont *simples* ou *doubles;* enfin, au point de vue de leur objet, ils sont *possessoires, quasi-possessoires* ou *non possessoires.*

§ II.

Interdits envisagés au point de vue de leur but.

Les interdits sont *prohibitoires, restitutoires, exhibitoires.* Cette division ne manquait pas d'importance sous le régime formulaire; car on procédait toujours *per sponsionem* dans les premiers, tandis qu'on agissait dans les autres *per sponsionem* ou *per formulam arbitrariam*, au choix des parties (*Gaius*, IV, 140, 141, 142. — *Inst.*, L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 1).

Interdits prohibitoires. — Les interdits sont prohibitoires, quand ils contiennent une défense de faire quelque chose. La formule finale est d'ordinaire ainsi conçue : *fieri veto* ou *veto ne fiat.* Jusqu'au jour où l'appellation d'*interdicta* fut devenue générique, elle convint à ceux-ci plus qu'aux autres, qu'on appelait spécialement *decreta* (*Gaius*, IV, 139-140).

Ici se manifeste avec évidence le caractère primitif des interdits, de n'être que des mesures de police prises en vertu de l'*imperium* du préteur. Car c'est aux matières spécialement placées sous la protection de l'autorité que le magistrat appliquait les interdits prohibitoires. Il en usait pour la sanction de ses *missiones in possessionem*, pour la protection des inhumations, pour le maintien de la libre jouissance et de la destination publique des *res sacræ, religiosæ, communes, publicæ*, etc.

Les principaux exemples de cette classe sont, en effet, les interdits *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est; de mortuo inferendo; ne quid in loco sacro fiat; ne quid in loco publico, flumine ripave fiat*, etc. (L. 1, pr., D., *De mortuo inferendo*, 11-8; L. 1, pr., D., *Ne vis fiat*, 43-4; L. 1, pr., D., *Ne quid in loco sacr.*, 43-6; L. 2, pr., D., *Ne quid in loco public.*, 43-8).

Interdits restitutoires. — Les interdits sont restitutoires, quand l'une des parties y reçoit l'ordre de restituer quelque chose à l'autre; ils se terminent habituellement par le mot *restituas* (1).

Dans cette classe, les Institutes signalent en première ligne les interdits *adipiscendæ possessionis* et *recuperandæ possessionis*, qui feront bientôt l'objet d'un examen particulier (*infra*, p. 510, 516).

Il y faut ranger aussi l'interdit fraudatoire, auxiliaire et supplément de l'action Paulienne (*supra*, p. 389). Enfin, à la plupart des interdits prohibitoires qui protègent les *res sacræ, religiosæ, publicæ*, correspondent des interdits restitutoires, dont le but est la destruction de ce qui a été fait contrairement à la prohibition (L. 20, pr., D., *De operis novi nunc.*, 39-1; L. 10, pr., D., *Quæ in fraudem credit.*, 42-8; L. 7; 8, 13, D., *Ne quid in loco sacro*, 43-6. — *Inst.*, L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 1).

Interdits exhibitoires. — Les interdits sont exhibitoires, quand ils ordonnent d'exhiber, *exhibeas*. Justinien nous en fournit divers exemples relatifs aux personnes. Ils ne font pas double emploi avec l'action *ad exhibendum;* car on ne donne l'action qu'aux individus pécuniairement intéressés à l'exhibition, tandis que les interdits *exhibitoires* servent à la protection de tout autre intérêt (L. 13, D., *Ad exhibendum*, 10-4).

Mentionnons d'abord l'interdit perpétuel *de homine libero exhibendo*, ouvert à tout citoyen pour demander la représentation immédiate et publique de la personne indûment retenue, dont la liberté n'est pas litigieuse. Vient ensuite l'interdit *cujus de libertate agitur*, applicable à la personne dont la liberté est litigieuse et qu'on veut revendiquer, soit *in libertatem*, soit *in servitutem;* comme on peut avoir un intérêt pécuniaire, l'action *ad exhibendum* n'est pas fermée dans cette hypothèse. L'interdit *de liberis exhibendis* procurait au chef de famille l'exhibition de son enfant détenu ou caché par quelqu'un, afin de pouvoir le revendiquer ensuite. Un interdit probablement nommé *de liberto exhibendo* s'accordait au patron qui demandait l'exhibition de l'affranchi, pour lui réclamer les services dont il avait fait la condition de l'affranchissement. Enfin l'interdit *de tabulis exhibendis* permettait de réclamer l'exhibition des tablettes d'un testament que l'on prétendait déposées chez un tiers

(1) Le terme latin *restituere* est beaucoup plus large que le terme français *restituer;* car il désigne aussi bien une acquisition nouvelle que le recouvrement d'une acquisition perdue.

(*Gaius*, IV, 162. — L. 12; L. 13, D., *Ad exhib.*, 10-4; L. 1, pr., D., *De tabulis exhib.*, 43-5; L. 1, pr., D., *De homine lib. exh.*, 43-29; L. 1, pr., D., *De liberis*, *exhib.*, 43-30).

L'intérêt pratique de cette division se manifestait, ainsi qu'on le verra, au point de vue de la procédure; dans les interdits prohibitoires, on procédait toujours *per sponsionem;* dans les interdits restitutoires et exhibitoires, on procédait tantôt *per sponsionem* et tantôt *per formulam arbitrariam* (*Gaius*, IV, 141).

§ III.

Interdits envisagés au point de vue de la procédure.

Les interdits sont *simples* ou *doubles; tertia divisio interdictorum in hoc est, quod aut simplicia sunt, aut duplicia* (*Gaius*, IV, 156. — *Inst.*, L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 7).

Caractère des interdits simples et doubles. — On appelait interdits simples ceux dont l'injonction ne s'adressait qu'à l'une des parties; elle seule pouvait donc y contrevenir et subir une condamnation : il y avait deux rôles distincts, l'un de demandeur, l'autre de défendeur. Etaient au contraire qualifiés de doubles les interdits dont l'injonction s'adressait simultanément aux deux parties; chacun des plaideurs pouvait y contrevenir et subir une condamnation, chacun d'eux se trouvait donc à la fois demandeur et défendeur (*Gaius*, IV, 157-160).

Mais il n'y avait pas d'interdits doubles parmi les restitutoires et les exhibitoires; on conçoit malaisément, en effet, un ordre qui enjoindrait aux deux adversaires d'exhiber ou de restituer un même objet. Les interdits doubles ne se rencontraient que dans la classe des interdits prohibitoires; ces derniers eux-mêmes n'offraient pas fréquemment ce caractère, et l'on ne le connaît bien qu'à l'égard des interdits *uti possidetis* et *utrubi* (*infra*, p. 514).

En résumé, les *interdicta simplicia*, d'une part, *duplicia* (*vel mixta*), d'autre part, ne formaient qu'une subdivision des interdits prohibitoires; tous les autres étaient simples sans distinction (*Gaius*, IV, 157, 158).

Procédure des interdits. — La procédure des interdits paraît assez compliquée. Le tableau qu'en avait tracé Gaius a reçu du temps de nombreuses mutilations, et ne mérite pas un long exa-

men. On sait déjà que l'instance s'organise toujours *per sponsionem* et *restipulationem* dans les interdits prohibitoires. Pour les autres, il est loisible aux parties de réclamer au préteur *in jure* la nomination d'un *arbiter*, ce qui donne à l'action la nature d'arbitraire; mais si les plaideurs n'ont pas fait cette demande, la *sponsio* et la *restipulatio* seront encore la procédure employée. Elles sont pénales, et non préjudicielles.

Dans l'interdit double, les gageures réciproques sont au nombre de quatre; car chaque partie fait une *sponsio* et une *restipulatio*. Puis les parties procèdent à la *fructuum licitatio*, c'est-à-dire à la mise aux enchères du droit de posséder le fonds débattu et d'en percevoir les fruits durant le procès. Si le non-possesseur est battu, il ne paie que la *sponsio* et la *restipulatio*. Si le possesseur vient à succomber, il doit en outre restituer la chose litigieuse et les fruits perçus. Cette restitution lui était réclamée par une action appelée *judicium secutorium* (parce qu'elle suivait une action précédente) ou *Cascellianum* (du nom du préteur qui l'avait introduite). Quelquefois les plaideurs avaient fait de cette restitution l'objet d'une stipulation spéciale; il y avait lieu dans ce cas à l'action qu'on appelait *fructuarium judicium* (*Gaius*, IV, 161-170).

Il ne faut donc pas croire, comme on le dit souvent, que la procédure des interdits eut rien de sommaire et d'abrégé. Tout au plus en est-il ainsi, lorsque les parties obéissent immédiatement au décret du préteur et n'arrivent pas au procès.

§ IV.

Interdits possessoires et quasi-possessoires.

La plus importante classification des interdits est relative aux interdits d'intérêt privé (*quæ ad rem familiarem spectant*). Ce sont les interdits possessoires qui constituent de sérieux avantages attachés à la possession juridique. Au point de vue des précédentes divisions, ils sont les uns prohibitoires, les autres restitutoires.

On en distinguait quatre catégories : 1° interdits *adipiscendæ possessionis*; 2° *retinendæ possessionis*; 3° *recuperandæ possessionis*; 4° *tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis*. Ce sont pour ainsi dire les actions possessoires du droit romain (*Gaius*, IV,

143-155. — *Inst.*, L. IV, t. XV, *De interdictis*, §§ 2-6) (1).

L'expression d'interdits possessoires (*interdicta possessoria*) n'a dans les textes latins ni valeur techique ni portée générale; Javolénus est le seul jurisconsulte qui l'emploie et encore d'une manière incidente (L. 20, D., *De servitutibus*, 8-1).

D'ailleurs, pour qui veut même aller au fond des choses, il est visible que les interdits *retinendæ possessionis* sont les seuls qui méritent la qualification de possessoires, dans le sens moderne et scientifique du mot. Car si l'action réelle est celle qui tend à la reconnaissance d'un droit actuel de propriété, de servitude ou d'hypothèque, et si l'action de créance est celle qui tend à la reconnaissance d'une obligation existante, de même on ne doit appeler interdits possessoires que les interdits fondés sur la possession présente du demandeur, c'est-à-dire qui le supposent effectivement investi de la possession. Les interdits *adipiscendæ* ou *recuperandæ possessionis* ne sont donc pas possessoires, puisque le demandeur, voulant acquérir ou recouvrer la possession, reconnaît par là même qu'il ne l'a pas ou ne l'a plus; ces interdits ne poursuivent en réalité que l'exécution d'une obligation.

Par conséquent, la distinction romaine des trois ou quatre classes d'interdits possessoires n'a pas la signification qu'on y attacherait aujourd'hui. Mais, cette remarque une fois comprise, l'usage de l'antique division n'offre aucun inconvénient.

Interdits adipiscendæ possessionis. — Les interdits *adipiscendæ possessionis* ont pour but de procurer au demandeur

(1) Il serait intéressant de comparer les *interdicta possessoria* du droit romain avec nos actions possessoires actuelles (*complainte*, *réintégrande*, *dénonciation de nouvel œuvre*); on verrait combien ces moyens possessoires diffèrent profondément entre eux.

Ainsi, pour ne citer que les différences essentielles et qui s'aperçoivent à première vue, on peut au moins indiquer les quatres dissemblances qui suivent : 1° Tandis que les interdits portent indistinctement sur les meubles ou les immeubles, nos actions possessoires se réfèrent uniquement aux immeubles. 2° Les interdits possessoires ne tendent pas seulement à conserver ou à faire recouvrer la possession, ils la font aussi acquérir (interdits *adipiscendæ possessionis*); les actions possessoires ne font jamais obtenir une possession qu'on n'a pas eue. 3° Pour triompher sur un interdit il suffit d'avoir une possession qui ne soit pas vicieuse *ab adversario;* pour réussir sur une action possessoire, il faut, en général, avoir une possession qui soit exempte de vices *erga omnes*. 4° Enfin, tandis que la loi française n'accorde en principe les moyens possessoires qu'à ceux qui ont une possession annale; le droit romain ne requiert, sauf pour l'interdit *Utrubi*, aucune durée de possession (Conf., C. C., art. 2229 C. Proc., art. 53. — Loi du 25 mai 1838)

la possession d'une chose qu'il n'a pas encore possédée (*Gaius*, IV, 144. — *Inst.*, L. IV, t. XV, *De interd.*, § 3).

Ces interdits ne sont pas très nombreux; on n'en cite guère que six, dont les deux principaux seulement ont trouvé place dans les Institutes (*Inst.*, L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 3).

Les interdits *adipiscendæ possessionis* qu'a négligés Justinien sont : 1° l'interdit *quod legatorum*, donné à l'héritier pour obtenir la restitution des choses appréhendées, à titre de legs, sans sa participation; 2° l'interdit *possessorium*, donné à l'*emptor bonorum* pour entrer en possession des biens par lui achetés, afin de les usucaper; 3° l'interdit *sectorium*, de même nature que le précédent, et donné dans le même but aux acquéreurs de biens mis en vente par l'État, *bonorum sectores*; 4° l'interdit *quo itinere* donné à l'acheteur d'un fonds pour lui faire obtenir la possession des servitudes de passages comprises dans la vente (*Gaius*, IV, 145-146. — L. 2, § 3, D., *De interdictis*, 43-1; L. 1, pr., §§ 1, 2, D., *Quod legat.*, 43-3; L. 1, pr., D., *De itinere.*, 43-19).

Les deux interdits *adipiscendæ possessionis* dont parlent les Institutes sont l'interdit *quorum bonorum* et l'interdit Salvien.

Interdit quorum bonorum. — L'interdit *quorum bonorum* est accordé aux héritiers prétoriens (*bonorum possessores*), pourvu qu'ils aient fait *adgnitio bonorum*, c'est-à-dire manifesté dans le délai voulu l'intention de profiter de leur vocation (V. t. I, p. 436). On n'examine pas s'ils y joignent ou non la qualité d'héritiers civils (L. 1, pr., D., *Quorum bonorum*, 43-2).

Comme la pétition d'hérédité dont il se rapproche beaucoup, cet interdit ne s'intente qu'envers les possesseurs *pro herede* ou *pro possessore* des choses héréditaires. Le sens de ces deux titres de possession nous est déjà connu (*supra*, p. 378).

Il est bon d'observer qu'à l'époque classique, l'expression *pro herede* pouvait comprendre, non-seulement l'individu qui se croyait héritier sans l'être, mais encore le véritable héritier civil. C'est le résultat qui se produisait lorsque, dans l'ordre successoral des préteurs, ce dernier ne venait qu'après le *bonorum possessor;* telle était, par exemple, l'hypothèse où l'enfant émancipé agissait contre un agnat. Au temps de Justinien, le droit civil et le droit prétorien ne font qu'un; nul n'est *heres* sans être en même temps *bonorum possessor*, et réciproquement. Il n'y a donc plus de *bonorum possessio sine re*, et l'interdit *quorum bonorum* ne dépossède jamais un héritier (V. t. I, p. 442).

En définitive, la loi romaine ouvre aux successibles trois routes pour arriver à l'hérédité; ce sont : la *petitio hereditatis* proprement dite, la *possessoria hereditatis petitio*, et l'interdit *quorum bonorum*. 1° La première, fondée sur le titre civil d'héritier en exige la preuve. Elle fait succéder à l'universalité civile du défunt, c'est-à-dire à la propriété quiritaire, aux créances et dettes, en un mot, à tous les droits actifs ou passifs et transmissibles. Par voie de conséquence, elle procure la possession des objets héréditaires. 2° La seconde présente les mêmes caractères dans le domaine prétorien. Le demandeur doit prouver qu'il est appelé par le préteur de préférence à son adversaire; cette démonstration faite, il obtient *in bonis* les objets corporels, se met par l'appréhension *in causa usucapiendi*, et se trouve *utiliter* investi ou tenu des obligations. 3° Quant à l'interdit, il n'embrassait pas l'*universum jus* du défunt; son unique résultat immédiat et direct, c'était de conférer la possession des choses corporelles comprises dans l'hérédité (L. 2, D., *Quorum bon.*, 43-2) (1).

D'ailleurs, l'interdit *quorum bonorum* n'était qu'un moyen provisoire, se référant uniquement à la possession et réservant tout débat ultérieur sur le fond du droit par la voie pétitoire (L. 1, § 1, D., *Quorum bon.*, 43-2. — L. 1, C., *Quorum bon.*, 8-2) (2).

Même à l'époque de Justinien, lorsqu'il n'y a plus qu'une seule espèce de *petitio hereditatis*, l'interdit *quorum bonorum* conserve une utilité particulière. Car il donne à la personne qui l'obtient l'avantage de jouer le rôle de défendeur sur la pétition d'hérédité (*Gaius*, IV, 144. — *Inst.*, L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 3).

Interdit Salvien. — L'interdit Salvien était ouvert au bailleur d'un fonds rural, pour entrer en possession des objets affectés

(1) *Interdicto quorum bonorum debitores hereditarii non tenentur, sed tantum corporum possessores* (L. 2, D., *Quor. bon.*, 43-2). On sait au contraire que la *petitio hereditatis* civile ou prétorienne peut s'intenter contre les *juris possessores* (L. 18, § 1, D., *De hered. pet.*, 5-3; L. 2, D., *De poss. her. pet.*, 5-5).

(2) Une opinion qui compte de nombreux partisans consiste à dire que le demandeur à l'interdit *quorum bonorum*, avait simplement à démontrer que les choses réclamées avaient été possédées par le défunt, tandis que la *petitio* eût exigé la preuve d'un droit de propriété civile ou prétorienne chez le *de cujus*. Mais cette distinction ne paraît pas établie; les textes prouvent au contraire que le défendeur à la pétition d'hérédité devait restituer non-seulement les choses dont le défunt était propriétaire, mais encore celles sur lesquelles il n'avait qu'un droit de possession ou même de détention (L. 13, § 11; L. 19, pr., § 2, D., *De hered. pet.*, 5-3) (*supra*, p. 378).

hypothécairement par le fermier au paiement des fermages (*Gaius*, IV, 147. — *Inst.*, L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 3, *in fine*).

Il ne faut pas le confondre avec l'action Servienne, dont il a été déjà question. En effet, tandis que cette action, nominalement propre au *dominus fundi*, finit en réalité, sous l'appellation peu déguisée de quasi-Servienne, par sanctionner tout pacte d'hypothèque, il n'y a pas au contraire de texte assez clair ni d'induction assez nette pour étendre, ainsi qu'on l'a proposé, l'*interdictum Salvianum*, à tous les créanciers hypothécaires, sous le nom d'interdit quasi-Salvien. La situation privilégiée que le préteur avait attribuée au bailleur de fonds rural par la constitution de l'hypothèque, peut-être a-t-il voulu la lui conserver par l'interdit Salvien, qui lui procurait la possession immédiate et provisoire. Cet interdit s'intente contre tout détenteur, sans distinction (L. 1, pr., § 1; L. 2, D., *De Salv. interd.*, 43-33. — Théophile, § 3, *De interdictis*) (1).

L'interdit Salvien diffère de l'action Servienne à plusieurs égards. Il a d'abord le mérite d'assurer au bailleur le rôle de défendeur sur l'action hypothécaire, et de réduire au rôle de demandeurs les autres créanciers munis d'hypothèques; cette faveur pouvait être sérieuse, en les forçant à démontrer la priorité de leur droit. De plus, la preuve à faire n'était pas la même sur l'action Servienne et sur l'interdit Salvien. Le *dominus fundi* devait bien, dans l'un et l'autre cas, justifier de l'existence d'un pacte d'hypothèque consenti par le *colonus;* mais sur l'interdit, comme il ne demandait que la possession, il se contentait d'établir que le fermier l'avait eue au moment de la constitution; sur l'action, il aurait dû démontrer que le fermier avait la propriété à ce même instant (2).

Interdits retinendæ possessionis. — Les interdits *retinendæ possessionis*, par eux-mêmes et dans leur application primitive, ont pour objet de protéger le possesseur contre certains actes de nature à troubler sa possession. Ils visent en conséquence deux hypothèses principales : 1° le trouble imminent, dont le possesseur veut se préserver; 2° le trouble déjà réalisé, dont il réclame la cessation et en outre la réparation.

(1) Certains auteurs, se fondant sur une constitution de Gordien, ont pensé que l'interdit Salvien n'était accordé que contre le fermier ou ses héritiers (L. 1, C., *De precar. et Salvi.*, 8-9).

(2) La vérité force à convenir que ces différences sont plus ou moins conjecturales.

Mais ces interdits ont une troisième utilité, qui a fini par devenir prépondérante, si bien que Justinien semble y voir la cause originaire de l'organisation de ces formes de procéder. Ils servent à fixer le rôle des plaideurs au pétitoire, autrement dit à déterminer, entre adversaires prêts à débattre une question de propriété, lequel doit avoir la position préférable de défendeur (L. 1, §§ 2, 3, D., *Uti possidetis*, 43-17. — *Gaius*, IV, 148. — *Inst.*, L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 4) (1).

Parmi ces interdits, les deux principaux sont : l'interdit *uti possidetis* applicable aux fonds de terre et aux maisons et l'interdit *utrubi* applicable aux choses mobilières. Ils sont ainsi appelés à cause des premiers mots de leurs formules (*Gaius*, IV, 149-153. — *Inst.*, L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 5).

Interdit uti possidetis. — L'interdit *uti possidetis* est double, et concerne exclusivement la possession des choses immobilières (*Gaius*, IV, 149. — L. 1, pr., § 1, D., *Uti possid.*, 43-17).

Conditions de l'interdit uti possidetis. — Les conditions de cet interdit sont faciles à préciser. Il faut que celui qui a recours à l'interdit ait la possession juridique ; pas n'est besoin qu'il ait juste titre ou bonne foi. D'ailleurs cet interdit n'a trait qu'à la possession présente; en d'autres termes, la victoire appartient à celle des parties qui possède au moment où l'interdit est rendu, l'autre eût-elle possédé auparavant. Mais le possesseur actuel ne l'emporte sur le possesseur antérieur qu'autant qu'il ne lui a pas enlevé la possession par dol ou violence, et qu'il ne l'a pas reçue de lui à titre de précariste. Dans la langue des textes, cette règle s'exprime en disant qu'il faut, pour triompher sur cet interdit, ne posséder *nec vi, nec clam, nec precario ab adversario*. Ainsi compris, le principe qui fait prévaloir la possession présente sur la possession passée est de la plus évidente justice (L. 1, § 9 ; L. 2, D., *Uti possidetis*. 43-17) (2).

Du reste, cet interdit ne se donne pas à l'occasion d'un trouble quelconque, et suppose un débat sur la possession. De là résulte que le fait dont se plaint le demandeur doit être de ceux qui impli-

(1) On retrouverait là, sous une apparence nouvelle, les anciennes *vindiciæ* de l'*actio sacramenti* (*supra*, p. 333).

(2) La formule de l'interdit *uti possidetis* était ainsi conçue : « *Uti eas ædes quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario, alter ab altero, possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto* » (L. 1, pr., D., *Uti possidetis*, 43-17).

quent dans leur auteur l'*animus possidendi;* quelle qu'en soit la nature, s'il contredit la possession, il donne lieu à l'interdit. Mais lorsque le trouble, quoique gênant pour notre possession, ne tend pas à la contester, l'interdit *uti possidetis* n'est pas ouvert, et nous devons recourir, suivant les cas, à l'action négatoire, à l'*actio injuriarum*, à l'*actio legis Aquiliæ*, à l'interdit *quod vi aut clam*, etc. (L. 3, §§ 2, 3, 4, 5, D., *Uti possidetis*, 43-17).

L'interdit *uti possidetis* est annal en ce sens qu'il doit être exercé dans l'année du trouble ou de la violence à partir du moment où l'on a pu agir. Cependant on serait encore admis après l'année, à poursuivre l'auteur du trouble par une action *in factum* pour lui réclamer ce dont il s'est enrichi (L. 4, D., *De interdictis*, 43-1).

Effets de l'interdit uti possidetis. — Quels sont les effets de l'interdit *uti possidetis?* Le juge a évidemment le droit d'adjuger la possession à la partie gagnante, et d'ordonner la cessation du trouble pour l'avenir. Mais en outre, suivant l'opinion la plus probable, la condamnation peut comprendre le dommage antérieur. Car si le contradicteur eût renoncé à sa prétention sur la simple menace ou dès l'ouverture de l'interdit, le préteur aurait délivré à son encontre une action *in factum* pour réparer le préjudice causé jusqu'alors par son fait. Or, il ne saurait échapper, pour avoir suivi jusqu'au bout une lutte téméraire, à la réparation qu'il n'eût pas évitée en déclinant le combat dès le début (L. 1, pr.; L. 3, § 11, D., *Uti possidetis*, 43-17).

Des auteurs modernes assignent même à l'interdit *uti possidetis* une troisième fonction, qui est d'imposer au vaincu la promesse de s'abstenir de tout nouveau trouble (caution *de non amplius turbando*). Mais cette dernière conséquence n'a pas laissé de traces dans les textes, et ce n'est pas sans injustice qu'on l'attacherait, en principe, à l'insuccès d'un unique débat sur la possession.

Au point de vue de la preuve, celle des deux parties qui se présente la première devant le juge est sans aucun doute demanderesse. A tous autres égards, l'interdit est double et chaque plaideur reste exposé à la condamnation, selon que le défendeur a la possession actuelle, ou que le demandeur n'a qu'une possession vicieuse envers son adversaire (*ab altero*) (L. 3, § 1, D., *Uti possidetis*, 43-17).

Interdit utrubi. — L'interdit *utrubi*, double comme le précédent, était pour les meubles la contre-partie de l'interdit *uti pos-*

sidetis pour les immeubles (L. 1, pr., § 1, D., *Utrubi*, 43-31) (1).

Il exigeait les mêmes conditions, sauf une différence essentielle dans le droit classique. C'est qu'il faisait prévaloir, non pas la possession présente, mais celle qui, sans vices (*nec vi, nec clam, nec precario*), avait duré le plus longtemps dans l'année immédiatement antérieure au litige. Pour le considérer comme *retinendæ possessionis*, il fallait dont une fiction qui réputât actuelle la possession *majoris partis anni*. Du reste, il jouait souvent le rôle d'interdit *recuperandæ possessionis*, car il tenait lieu pour les meubles de l'interdit *unde vi* (*Gaius*, IV, 151, 152. — *Paul*, S., L. V, t. VI, § 1; — *infra*, p. 517).

Cette différence entre les interdits *uti possidetis* et *utrubi* subsistait encore au temps de Dioclétien. Mais, dans le droit de Justinien, on ne prenait plus en considération pour l'un et l'autre que la possession actuelle (F. V., § 293. — L. 1, D., *Utrubi*, 43-31. — *Inst.*, L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 4, *in fine*) (2).

Interdits recuperandæ possessionis. — Les interdits *recuperandæ* (ou *reciperandæ*) *possessionis* ont pour objet de faire recouvrer la possession à qui l'a perdue par un fait indépendant de sa volonté (*Gaius*, IV, 154. — *Inst.*, L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 5).

Dans leur nombre figure l'interdit *de precario*, dont il a été question à propos du précaire (L. 2, pr.; L. 4, § 1, D., *De precario*, 43-26; — *supra*, p. 129).

Un texte mentionne aussi l'interdit *de clandestina possessione;* il ne concernait sans doute que les choses immobilières, et dut tomber en désuétude le jour où l'on admit que la possession d'un immeuble ne se perdait point par une occupation consommée en l'absence du possesseur, tant que cette usurpation ne lui était pas connue (L. 7, § 6, D., *Communi divid.*, 10-3. — *Voir* t. 1, p. 162).

Interdit unde vi. — Le plus important des interdits *recuperandæ possessionis* est sans contredit l'interdit *unde vi*, propre aux immeubles (L. 1, pr., § 6, D., *De vi*, 43-16) (3).

(1) Ulpien nous a conservé la formule de l'interdit *utrubi* : « *Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit, quominus is eum ducat vim fieri veto* » (L. 1, pr., D., *Utrubi*, 43-31).

(2) Le texte d'Ulpien qui forme la loi 1, D., *Utrubi*, 43-31, a été altéré pour être mis par les compilateurs en harmonie avec la législation de leur époque.

(3) La possession des meubles était suffisamment protégée contre la violence,

Conditions de l'interdit unde vi. — Pour obtenir cet interdit, deux conditions sont requises : 1° il faut avoir eu la possession juridique, de bonne ou de mauvaise foi ; la simple détention est insuffisante; 2° il faut l'avoir perdue, soi-même ou dans la personne d'un représentant, par l'effet d'une *dejectio* ou d'un fait qui y est assimilé, c'est-à-dire d'une violence physique ou morale. Dans le droit classique, on distinguait la violence ordinaire ou simple, et la violence à main armée, *vis armata.* L'interdit fondé sur la première échouait contre le *dejiciens*, s'il n'avait fait que reprendre par la force une possession infectée à son égard de l'un des trois vices déjà signalés (*vi, clam aut precario*); au contraire, l'exception *vitiosæ possessionis* n'était pas admise dans l'interdit *de vi armata.* Mais ces deux cas sont confondus à l'époque de Justinien; il n'y a plus qu'un seul interdit *unde vi*, qui triomphe toujours contre le *dejiciens*, alors même que la *dejectio* aurait son excuse dans un vice de la possession du *dejectus* (*Gaius*, IV, 155. — L. 1, §§ 9, 10, 22, 23, 29; L. 12; L. 18, D., *De vi*, 43-16. — *Inst.*, L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 6) (1).

Né du fait délictueux d'une *dejectio*, l'interdit *unde vi* n'est ouvert qu'à l'encontre de l'auteur ou du complice de ce délit, et durant une année seulement. Après ce délai, ou contre les héritiers du coupable, il ne se donne que jusqu'à concurrence du profit retiré de la *dejectio*. Il est donc perpétuel contre le spoliateur saisi de la chose. Les héritiers du *dejectus* y ont naturellement les mêmes droits que leur auteur. Dans le Bas-Empire, la prescription annale ne court pas contre l'absent qui a subi la *dejectio* dans la personne de son représentant (L. 1, pr., §§ 13, 48; L. 7, D., *De vi*, 43-16. — L. 1, C., *Si per vim*, 8-5).

Effets de l'interdit unde vi. — L'interdit *unde vi* a des effets justement rigoureux. Le spoliateur est tenu de restituer la chose, et tous les fruits qu'il a perçus ou dû percevoir depuis la *dejectio*. De plus, le *dejectus* a droit à la réparation de tout le préjudice qu'il a subi (*omnis causa*). Il est à peine besoin de rappeler que le *dejiciens*, obligé à raison d'un délit, n'est libéré ni par la perte fortuite de la chose, ni par le fait qu'il ne possède plus (L. 1, §§ 31,

soit par l'interdit *utrubi*, soit par les actions *furti, vi bonorum raptorum* et *ad exhibendum* (L. 1, § 6, D., *De vi*, 43-16).

(1) La différence disparut probablement lors des mesures prises par Théodose et Valentinien contre les violences privées (*supra*, p. 257).

35, 36, 41; L. 15, D., *De vi*, 43-16. — L. 4, C., *Unde vi*, 8-4).

Mais ici s'élève une question. Supposons que Titius dépossède violemment Seius; ce dernier peut recourir à l'interdit *uti possidetis*, et la victoire lui est assurée, puisque l'adversaire, quoique possesseur actuel, n'a qu'une possession vicieuse à son égard (*vi*). Dès lors, quel besoin avait-on de créer l'interdit *unde vi?* La réponse est des plus simples. Dans la pratique, l'interdit *uti possidetis* n'était le plus souvent employé que par la personne simplement troublée dans sa possession et non investie de l'interdit *unde vi*. Quant au *dejectus* il avait l'option entre l'un et l'autre. L'interdit *unde vi* lui offrait d'ordinaire des avantages sérieux; car, en sa qualité d'interdit simple, il jouissait d'une procédure moins compliquée; de plus il procurait des restitutions plus amples et survivait à la chose périe par cas fortuit. D'ailleurs, il n'est pas impossible que le *dejectus* ait un grand intérêt à se prévaloir plutôt de l'interdit *uti possidetis;* on n'a qu'à le supposer *in causa usucapiendi*. Dans ce cas, en recourant à l'interdit *unde vi* qui est *recuperandæ possessionis*, il admet l'interruption de sa possession, et partant de son usucapion. Au contraire, s'il exerce l'interdit *uti possidetis* qui est *retinendæ possessionis*, sa possession est considérée comme légalement continuée, et son usucapion comme ininterrompue. C'est donc au *dejectus* de choisir entre ces deux procédés, qui ont chacun leur utilité propre (L. 1, § 40, D., *De vi*, 43-16).

Interdits tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis. — Il est parlé de ces interdits dans un passage de Paul qui restait inexplicable pour nos anciens interprètes (L. 2, § 3, D., *De interdictis*, 43-1. — Cujas, *Opera omnia*, t. III, p. 96) (1).

Mais un fragment d'Ulpien, découvert en 1836 par M. Endlicher dans la bibliothèque du palais impérial de Vienne, a fait disparaître la difficulté. Il s'y rencontre, en effet, deux exemples de ces interdits: un troisième est cité dans les *Vaticana Fragmenta*. Ce sont les interdits *quem fundum*, *quam hereditatem*, *quem usumfructum* (*Ulpiani Institutiones*, L. II, *Ex laciinis Vindobonensibus*. — F. V., § 92).

(1) Cujas tenait pour incontestable que le texte de Paul avait dû être altéré et mettait au défi tous les savants de découvrir un interdit qui pût être *tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis* (Cujas, *Opera*, t. III, p. 96).

Pour comprendre le rôle des interdits ***tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis***, il faut se rappeler que, sous le système formulaire tout défendeur à une action réelle doit fournir la caution ***judicatum solvi***. S'il refuse cette satisfaction, le préteur, au moyen de l'interdit ***quem fundum***, en cas de revendication, de l'interdit ***quam hereditatem***, en cas de pétition d'hérédité, ou de l'interdit ***quem usumfructum***, en cas d'action confessoire d'usufruit, fera passer la possession de la chose litigieuse au demandeur. Ce dernier acquerra ainsi la possession s'il ne l'a jamais eue; il la récupérera, s'il l'a eue autrefois (***supra***, p. 484) (1).

Ces interdits étaient tombés en désuétude au temps de Justinien, qui n'en a conservé dans ses recueils que des vestiges méconnaissables.

Interdits quasi-possessoires. — Les interdits ***uti possidetis***, ***utrubi***, ***unde vi***, destinés à protéger la possession proprement dite qui correspondent à la propriété, furent étendus, ***utilitate suadente***, à la quasi-possession des servitudes personnelles, usufruit, usage, habitation. On se contenta d'en adapter à ce nouvel usage les formules primitives, en leur faisant subir d'importantes modifications (F. V., §§ 90-93).

Quant à la quasi-possession des servitudes prédiales, les textes font une distinction. S'agit-il de servitudes négatives, elles ne constituent qu'une qualité des fonds, et sont à ce titre comprises dans l'application directe de l'interdit ***uti possidetis***. S'agit-il de servitudes positives, elles sont alors garanties, tantôt par le même interdit ***uti possidetis*** employé ***utiliter***, tantôt par des interdits spécialement créés pour les plus importantes ; on peut citer en exemple les interdits ***de itinere actuque privato***, ***de aqua cottidiana et æstiva***, ***de rivis***, ***de fonte***, ***de cloacis***, etc. (L. 8, § 5, D., ***Si servitus vindic.***, 8-5; L. 1, pr., § 1, D., ***De itinere***, 43-19; L. 1, pr., §§ 1, 2, D., ***De aqua cott.***, 43-20; L. 1, pr., D., ***De rivis***, 43-21; L. 1, pr., § 1, D., ***De fonte***, 43-22; L. 1, pr., D., ***De cloacis***, 43-23) (2).

Ces interdits sont appelés, ***quasi possessoria*** ou ***veluti possessoria***.

(1) Un interdit de la même espèce devait, probablement aussi, être donné en matière de servitudes prédiales (L. 15, D., ***De operis novi nunc.***, 39-1; L. 45, D., ***De damno infecto***, 39-2).

(2) L'interdit de ***superficiebus*** appartient à la même catégorie (L. 1, pr., §§ 1, 2, D., ***De superficiebus***, 43-18; — ***supra***, p. 180).

CHAPITRE XXX.

RESTITUTIONES IN INTEGRUM.

(D., *De in integr. restit.*, 4-1.)

Dans un sens large, on pourrait qualifier de ***restitutio in integrum*** toute voie de droit fondée sur l'équité, et destinée à rétablir une personne dans la situation primitive qu'elle occupait, en réparant le préjudice que lui a fait subir la rigueur des principes. Mais dans l'acceptation restreinte et technique, une telle voie de droit ne constitue une ***restitutio in integrum*** qu'à la condition d'être d'origine prétorienne, et d'impliquer l'intervention immédiate et directe du magistrat.

Ce dernier trait est le caractère saillant de la ***restitutio in integrum***. Un magistrat inférieur ne saurait la prononcer à l'époque classique; car elle est ***magis imperii quam jurisdictionis***. Sous le Bas-Empire, elle devint de la compétence d'un magistrat ou juge quelconque, à l'exception des magistrats municipaux (L. 26, pr., § 1, D., *Ad municip.*, 50-1. — L. 3, C., *Ubi et apud quem*, 2-47) (1).

§ I.

Conditions de la restitutio in integrum.

La ***restitutio in integrum*** requiert trois conditions principales. Il faut d'abord que le demandeur éprouve un préjudice sérieux, ensuite qu'il n'ait pas d'autre moyen juridique pour se faire indemniser, enfin qu'il puisse invoquer une ***justa causa restitutionis***.

I. — **Dommage sérieux.** — Il faut d'abord que le demandeur ait subi un préjudice de quelque importance; sinon la rigueur des principes doit suivre son cours. Telle est peut-être la vraie signification de l'adage fameux de ***minimis non curat prætor***. Il va sans dire d'ailleurs que ce préjudice ne doit provenir ni d'un cas fortuit

(1) La ***restitutio in integrum*** du droit romain ne rencontre pas d'équivalent en droit français; l'institution la plus voisine est celle des actions en rescision des articles 1304 et suiv. du Code civil.

ni de la faute du demandeur (L. 4, D., *De in integr. rest.*, 4-1; L. 49, D., *De minoribus*, 4-4).

II. — **Défaut de tout autre moyen.** — Il faut en second lieu que le demandeur ne puisse obtenir par aucune autre voie de droit la réparation du préjudice dont il se plaint. Car la *restitutio in integrum* est une ressource extraordinaire et qui par conséquent doit être subsidiaire, puisqu'elle s'attaque à des actes théoriquement valables (L. 16, pr., D., *De minoribus*, 4-4).

Cependant on a déjà rencontré et l'on va retrouver certaines dérogations à cette règle, pour les deux cas de violence et de dol (L. 14, § 1; L. 21, § 6, D., *Quod metus*, 4-2; L. 1, § 6, D., *De dolo*, 4-3; — *supra*, p. 439).

III. — **Juste motif de restitutio in integrum.** — Il faut enfin un juste motif de restitution.

La *restitutio in integrum* n'est point en effet une voie ordinaire de recours invocable par tous et applicable à tous les cas. C'est un moyen exceptionnel qui n'appartient qu'à ceux auxquels le préteur l'a formellement concédé et dans les hypothèses spécialement prévues par l'édit.

Ces cas constituent des *justæ causæ restitutionis*. Il y en a sept à l'époque classique, Justinien en a supprimé une, la *capitis deminutio*, ce qui réduit leur nombre à six. La cause la plus importante et la plus ancienne est la minorité de la personne lésée. Quant aux majeurs, ils sont restituables contre des actes positifs pour violence, pour dol, pour erreur, dans le droit classique pour *capitis deminutio*, et enfin pour absence. Le préteur s'était en outre réservé par une clause spéciale de l'édit, le pouvoir de prendre en considération d'autres circonstances encore : *Si qua alia mihi justa causa videbitur, in integrum restituam* (*Paul*, S., L. I, t. VII, § 2. — L. 1, § 1, D., *Ex quibus causis majores*, 4-6).

Indication des causes de restitution. — Quelques mots sur chacune des causes de *restitutio in integrum* prévues par l'édit du préteur sont ici indispensables.

1° *Minorité.* — On se rappelle la gradation des mesures prises par le droit prétorien dans l'intérêt du mineur de vingt-cinq ans; elles eurent leur germe dans une loi *Plætoria*, antérieure à l'année 570 de Rome. La plus énergique de ces mesures fut la *restitutio in integrum ob ætatem*. Elle protège les mineurs de vingt-cinq ans en leur seule qualité, abstraction faite du dol de l'autre partie. L'acte

dommageable eût-il été réalisé par le père, le tuteur ou le curateur du mineur, ou par le mineur avec leur intervention, ou même sous l'homologation du magistrat, la minorité forme une cause absolue de restitution (L. 1, § 1; L. 44; L. 47, D., *De minoribus*, 4-4. — L. 11, C., *De prædiis minorum*, 5-71; L. 8, § 6, C., *De bonis quæ liberis*, 6-61. — Conf., C. C., art. 1305-1314. — *Voir* t. I, p. 113).

Mais la règle ne concerne point les mineurs qui ont obtenu la *venia ætatis*, à moins qu'il ne s'agisse d'aliénations immobilières. Le mineur arrivé à la majorité peut d'ailleurs confirmer l'acte dommageable et renoncer au bénéfice de la *restitutio* (*Paul*. S., L. I, t. IX, § 3. — L. 1; L. 3, C. *De his qui veniam*, 2-45).

2° *Violence*. — Comme la minorité, la violence est une cause générale de restitution.

Le plaignant est ici maître de choisir entre la *restitutio* et l'action *quod metus*, sans doute à raison du caractère pénal de l'action. Mais la *restitutio* est plus avantageuse, parce qu'au lieu de n'attribuer à la victime qu'un simple droit de créance, elle remet dans son patrimoine la propriété ou les autres droits réels qu'on lui a extorqués par violence (L. 9, §§ 3, 4; L. 21, §§ 5, 6, D., *Quod metus*, 4-2. — L. 3, C. *De his quæ vi*, 2-20. — Conf., C. C., art. 1111-1115).

3° *Dol*. — D'après la doctrine aujourd'hui dominante, le dol ne donne lieu à la *restitutio in integrum* qu'en certains cas déterminés.

Le cas le plus important se réalise au profit des créanciers qui veulent obtenir la rescision des actes frauduleux de leur débiteur; ce procédé leur est plus favorable que l'action Paulienne personnelle, parce qu'il opère *in rem* et les investit de l'action Paulienne réelle (L. 7, § 1, D., *De in integr. rest.*, 4-1; L. 33, D., *De re judicata*, 42-1. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 6).

Du reste, la restitution pour cause de dol s'accorde même avant l'action *de dolo*, qui a l'inconvénient d'être infamante (L. 1, § 6, D., *De dolo malo*, 4-3).

4° *Erreur*. — L'erreur, comme le dol, n'est une cause de *restitutio*, que dans quelques circonstances spéciales et dignes d'intérêt. On confère notamment ce bénéfice aux personnes qui ont traité par erreur avec un non-tuteur (*falsus tutor*), ou qui ont demandé par erreur la séparation des patrimoines en qualité de créanciers, etc. La plupart des autres exemples se rapportent à la procédure (L. 1, § 6; L. 2, D., *Quod falso tutore*, 27-6; L. 1, § 17; L. 3, § 2, D., *De separat.*, 42-6. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 33).

5° ***Capitis deminutio.*** — Au temps classique, la ***minima capitis deminutio*** du débiteur éteignait ses dettes en général, et par suite formait une cause évidente et légitime de ***restitutio in integrum.*** Mais on a déjà vu que les dettes du ***capite minutus*** subsistent de plein droit à l'époque de Justinien; dès lors l'ancienne restitution n'eut plus de ce chef aucun objet (*Gaius*, IV, 38. — L. 2, § 1, D., *De capite minutis*, 4-5. — *Voir* t. I, p. 461).

6° ***Absence.*** — Cette sixième cause de restitution se produit, soit en faveur de celui qui a perdu un droit ou une action pendant une absence légitime, ***ob absentiam***, soit en faveur de celui qui a perdu une action ou un droit par suite de l'impossibilité où il s'est trouvé de l'exercer contre un absent. Nous avons déjà vu des exemples de cette ***restitutio in integrum*** en traitant de la Publicienne rescisoire (L. 1, § 1, D., *Ex quibus causis majores*, 4-6. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 5; — *supra*, p. 387).

7° ***Clausula generalis.*** — Indépendamment des causes de restitution rigoureusement précisées et soigneusement délimitées, l'édit contenait encore une clause générale, ***clausula generalis***, qui donnait au préteur le moyen de parer à toutes les éventualités et qui lui permettait de prononcer la ***restitutio in integrum*** toutes les fois que l'équité l'exigeait (L. 1, § 1, D., *Ex quibus causis majores*, 4-6).

Cette disposition s'appliquait à toutes les omissions excusables quelle qu'en fût la cause, qu'elles provinssent d'une absence ou de tout autre empêchement quelconque : que l'absence fût nécessaire ou volontaire, occasionnée par un intérêt public ou par un intérêt privé. La ***restitutio in integrum ob clausulam generalem*** reçut en pratique l'interprétation la plus large; la seule restriction qu'y mettait le préteur c'est que le préjudice ne fût pas imputable au réclamant; ***non enim negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis*** (L. 16; L. 26, § 9; L. 28, pr., §§ 1, 2; L. 32; L. 34, § 1, D., *Ex quibus causis majores*, 4-6).

§ II.

Procédure des restitutiones in integrum.

Délai. — La demande à fin de ***restitutio in integrum*** est soumise à une courte prescription, d'une année utile dans le droit clas-

sique, de quatre ans continus sous Justinien. Le délai ne commence à courir qu'à partir du jour où cesse la cause de restitution. Plusieurs auteurs fixent néanmoins au jour de la lésion le point de départ de la *restitutio propter metum, propter dolum et propter errorem* (L. 19; L. 39, D., *De minoribus*, 4-4; L. 1, § 1, D., *Ex quibus causis majores*, 4-6. — L. 5; L. 7, C., *De temporibus in integr.*, 2-53. — Conf., C. C., art. 1304).

Parties à la restitutio in integrum. — Le demandeur en restitution est la victime du dommage, et le défendeur est la personne qui en a retiré le profit direct; le droit se transmet activement et passivement à leurs héritiers; *item omnium qui ipsi potuerunt restitui in integrum, successores in integrum restitui possunt* (L. 6, D., *De in integr. rest.*, 4-1).

En principe, la *restitutio* est *in personam* et non *in rem*; autrement dit, le bénéfice n'en est pas ordinairement étendu aux coobligés, et l'on ne peut la poursuivre contre les tiers détenteurs de la chose dont on a été privé, mais seulement contre l'auteur de la lésion. Par exception, il en est autrement lorsque : 1° la *restitutio* se fonde sur la violence, à raison du caractère *in rem* de l'action *quod metus causa* elle-même; 2° le tiers détenteur est de mauvaise foi; 3° le recours personnel contre l'auteur de la lésion ne suffit pas à la réparation complète du dommage éprouvé. Cette théorie est universellement acceptée de nos jours (L. 13, § 1, D., *De minoribus*, 4-4. — L. 7, C., *De in integr. rest.*, 2-22. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, §§ 5-6).

Formes de la restitutio in integrum. — A l'époque des jurisconsultes classiques, la *restitutio in integrum* formait un cas de *persecutio extra ordinem*; le magistrat la jugeait en personne *causa cognita*, sans renvoi devant un juge. Cette particularité n'a pu survivre à la procédure formulaire (L. 3, D., *De in integr. rest.*, 4-1; L. 11, § 3, D., *De minoribus*, 4-4) (1).

(1) Quelquefois cependant, le magistrat, au lieu de statuer lui-même *extra ordinem*, se bornait à renvoyer les parties devant un juge, au moyen d'une formule d'action restitutoire ou rescisoire (L. 13, § 1, D., *De minoribus*, 4-4).

§ III.

Effets de la restitutio in integrum.

La ***restitutio in integrum***, comme toutes les actions rescisoires, tend à la reconstitution de l'état de choses antérieur. En conséquence, le défendeur est obligé d'effacer tout le dommage qu'il a fait éprouver, et le demandeur de restituer au moins ce dont il s'est enrichi; ***restitutio autem ita facienda est ut unusquisque in integrum jus suum recipiat.*** Dans ce but, le magistrat prononce sur une seule instance les condamnations nécessaires contre chaque plaideur (L. 7, §§ 11, 12; L. 24, § 4; L. 27, §§ 1, 2, 3; L. 33; L. 40, § 1, D., *De minoribus*, 4-4. — L. 1, C., *De reput. quæ fiunt*, 2-48. — Conf., C. C., art. 1312).

Toutefois, lorsque le demandeur poursuivait la résurrection d'un droit éteint, le magistrat se contentait souvent d'en prononcer le rétablissement par un décret, et de rendre au plaignant son action ou son exception perdue. L'action restituée était ***utilis ficititia***; nous en avons rencontré un exemple intéressant dans l'action ***rescissoria in rem*** faussement appelée contre-Publicienne. La doctrine l'oppose, sous le nom de ***judicium rescissorium***, au décret restitutoire du magistrat qu'elle qualifie de ***judicium rescindens***; c'est le rescisoire et le rescindant de notre langage moderne (*Gaius*, IV, 38. — L. 28, § 6, D., *Ex quibus causis majores*, 4-6. — Conf., C. Proc., art. 501, 503; — *supra*, p. 387).

Le préteur s'arrêtait vraisemblablement à ce second parti, quand le droit rétabli était litigieux, et qu'il n'en voulait pas connaître au fond. Il n'avait même pas d'autre marche à suivre, dans le cas où l'action qu'il rendait au demandeur n'était pas encore ouverte. Sous le régime de la procédure extraordinaire, c'est uniquement dans cette dernière hypothèse que la ***restitutio in integrum*** peut encore occasionner une instance ultérieure.

CHAPITRE XXXI.

MESURES CONTRE LES PLAIDEURS TÉMÉRAIRES.

(*Inst.*, L. IV, t. XVI.)

Les Romains ont de tout temps songé à réprimer la mauvaise foi et l'esprit de chicane en frappant de peines diverses les plaideurs qui entreprennent ou soutiennent des procès mal fondés. Certaines peines frappent le demandeur ou le défendeur; d'autres sont communes aux deux plaideurs (*Inst.*, L. IV, t. XVI, *De pœna tem.*, pr.).

Peines encourues par le demandeur. — On connaît déjà les pénalités spéciales qui frappent le demandeur coupable de *pluspetitio;* il perdait au temps classique son procès et son droit (*Gaius*, IV, 53. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 33; — *supra*, p. 465).

Peines encourues par le défendeur. — D'autres pénalités restaient propres au défendeur : 1° condamné pour dol, il encourait l'infamie dans l'action *pro socio*, dans les actions directes *tutelæ*, *mandati*, *depositi*, et dans les actions *de dolo*, *furti*, *vi bonorum raptorum*, *injuriarum;* 2° condamné après avoir nié sa dette, il subissait une condamnation au double dans les actions qui croissent *in duplum per inficiationem* (*Gaius*, IV, 171, 172, 173. — *Inst.*, L. IV, t. XVI, *De pœna temere litig.*, §§ 1, 2; — *supra*, p. 432).

Peines applicables aux deux plaideurs. — Enfin, d'autres précautions étaient communes aux deux parties :

1° D'abord, chaque plaideur peut exiger de son adversaire et des avocats de ce dernier le serment qu'ils ne soutiennent pas le procès par esprit de chicane (*juramentum calumniæ*). Cette mesure préventive et purement morale remplace, dans la législation de Justinien, différentes sanctions organisées par l'ancien droit contre les plaideurs téméraires de bonne ou de mauvaise foi (*Gaius*, IV, 174-180. — *Inst.*, L. IV, t. XVI, *De pœna temere litig.*, § 1. — L. 2, C., *De jurej. prop. cal.*, 2-59).

2° En outre, en principe du moins, la partie vaincue est condamnée aux *dépens*, c'est-à-dire aux frais du procès; la partie victorieuse obtient donc la restitution des frais qu'elle a payés. Cepen-

dant le juge a la faculté, en tenant compte des circonstances, de compenser les dépens et de mettre ainsi à la charge de chaque partie ses propres frais (L. 5, C., *De fructibus et litium expensis*, 7-51. — Nov. 82, ch. 10. — *Inst.*, L. IV, t. XVI, *De pœna temere litig.*, § 1, *in fine*. — Conf., C. Proc., art. 130, 131) (1).

(1) Il faut encore ajouter que le descendant ou l'affranchi qui citerait en justice son ascendant ou son patron, sans avoir obtenu l'autorisation préalable du magistrat, serait passible d'une amende de cinquante *solidi* (*Inst.*, L. IV, t. XVI, *De pœna temere litig.*, § 3. — *Gaius*, IV, 183).

FIN DU TOME SECOND ET DERNIER.

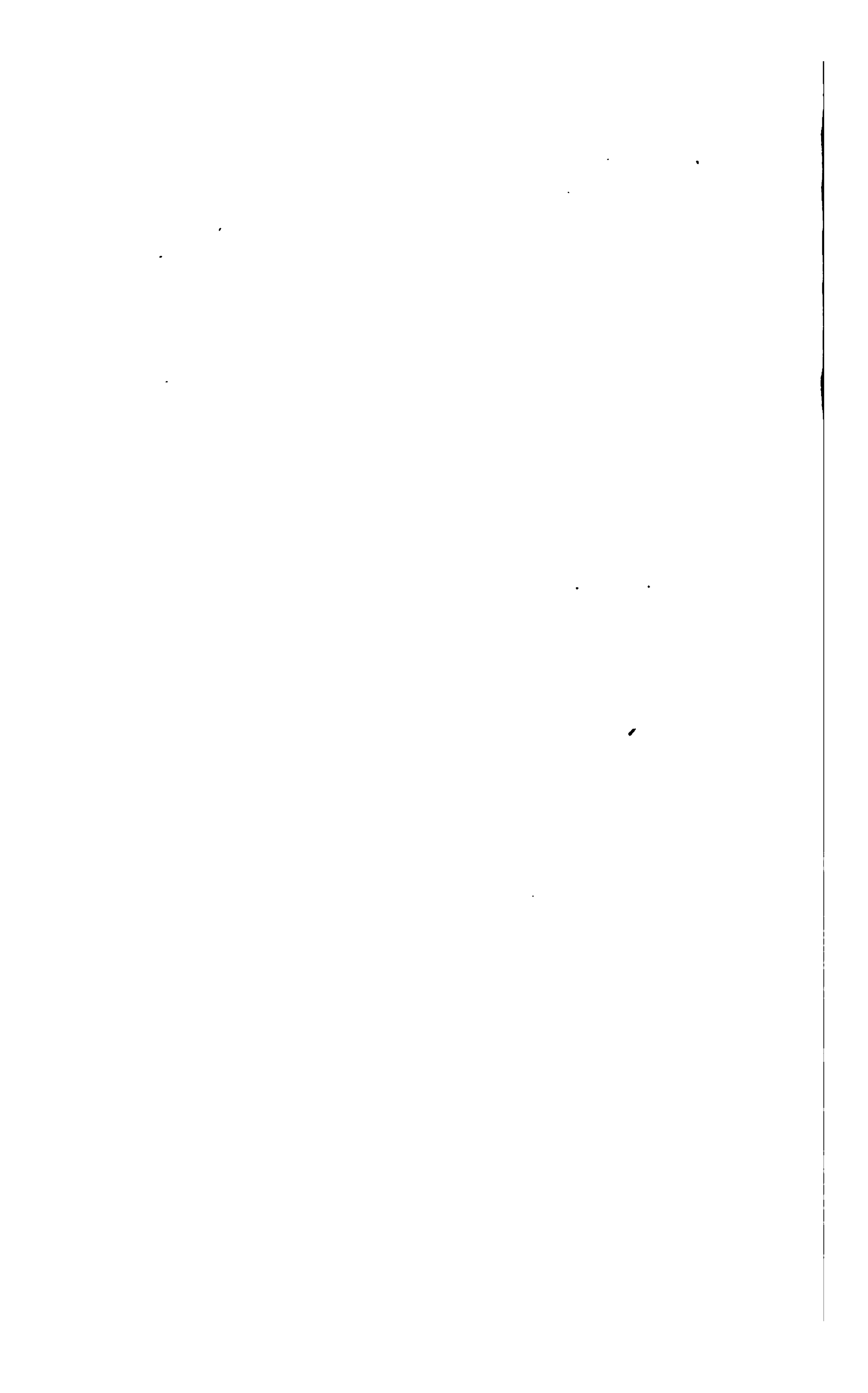


TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME SECOND.

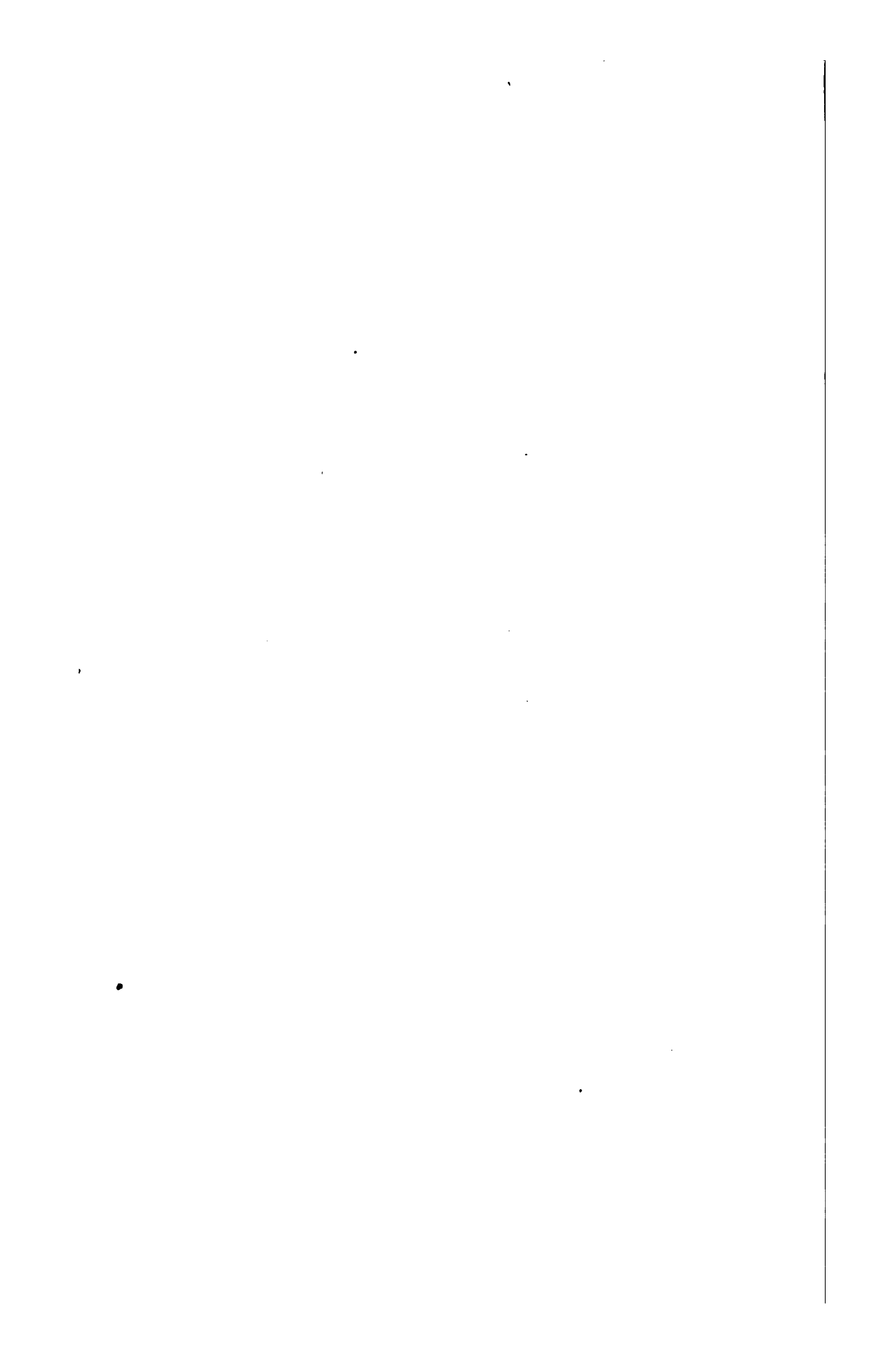
DEUXIÈME PARTIE.

(Suite.)

TROISIÈME PARTIE.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES DU TOME SECOND.

BAR-LE-DUC, IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.





A LA MÊME LIBRAIRIE.

PRÉCIS DU COURS D'ÉCONOMIE POLITIQUE, professé à la Faculté de droit de Paris, contenant, avec l'exposé des principes, l'analyse des questions de législation économique, par Paul Cauwès, professeur à la Faculté de droit de Paris; 2e *édition*, revue et augmentée, 1881-1882, 2 vol. gr. in-8°............ 20 fr. »

PRINCIPES D'ÉCONOMIE POLITIQUE, par Ch. Gide, professeur d'économie politique à la Faculté de droit de Montpellier, 1884, 1 vol. in-18....... 5 fr. »

PRÉCIS DE PROCÉDURE CIVILE, contenant les matières exigées pour le 2e examen de baccalauréat, par E. Garsonnet, professeur à la Faculté de droit de Paris, 1885, 1 vol. in-8°.. 12 fr. »

COURS ÉLÉMENTAIRE DE DROIT COMMERCIAL, contenant toutes les matières du Code de commerce et des lois postérieures, exposées dans un ordre méthodique, par Auguste Laurin, professeur de droit commercial à la Faculté de droit d'Aix et à la Faculté des sciences de Marseille, 1884, 1 vol. in-8°.. 10 fr. »

RÉSUMÉ DE RÉPÉTITIONS ÉCRITES SUR LE DROIT COMMERCIAL, avec tableaux synoptiques, par M. F. Boeuf, répétiteur de droit, 8e *édition*, revue et corrigée, 1886, 1 vol. in-18.. 6 fr. »

TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, par André Weiss, professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon, 1886, 1 v. in-8°.. 12 fr. »

PRÉCIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, par Frantz Despagnet, professeur agrégé à la Faculté de droit de Bordeaux, 1886, 1 volume in-8°....... 10 fr. »

MANUEL DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, par G. Bourdon-Viane et Magnon, répétiteurs de droit, 1883, 1 vol. in-18.......................... 6 fr. »

RÉSUMÉ DE RÉPÉTITIONS ÉCRITES SUR LE DROIT ADMINISTRATIF, avec tableaux synoptiques, par M. F. Boeuf, répétiteur de droit, 10e *édition*, revue et corrigée, 1886, 1 vol. in-18.. 6 fr. »

HISTOIRE DE LA PROCÉDURE CRIMINELLE EN FRANCE et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours, par A. Esmein, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris, 1881, 1 vol. in-8°... 10 fr. »

(Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques.)

MÉLANGES D'HISTOIRE DU DROIT ET DE CRITIQUE. — *Droit romain.* — par A. Esmein, 1886, 1 vol. in-8°.. 10 fr. »

BAR-LE-DUC, IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE

